البيـــع بشرط التجربـــة

دراسة مقارنـة

إعداد

أ . د / لاشين محمد يونس الغاياتي

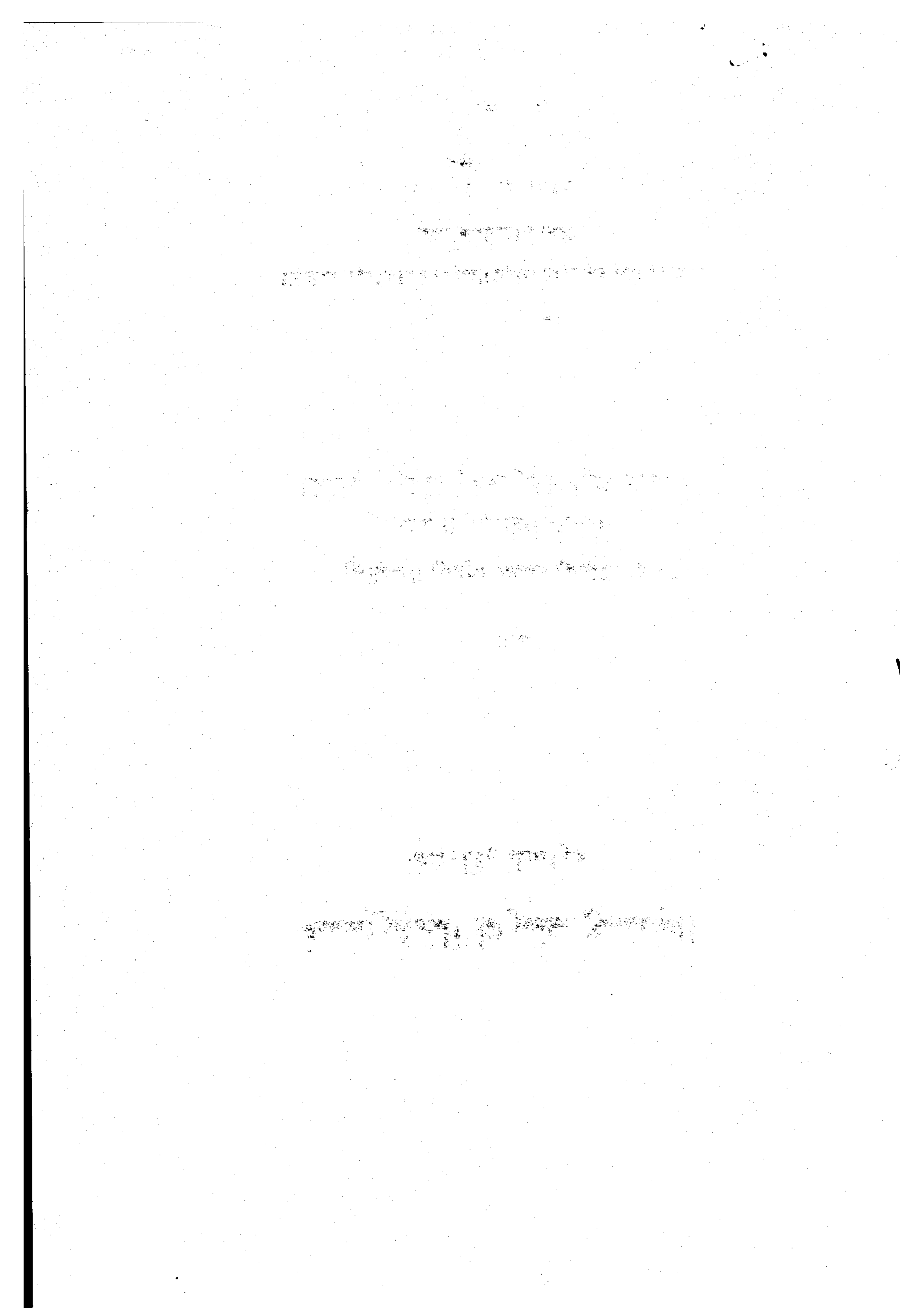
أستاذ القانـون المدنـي

وعميد كلية الشريعة والقانون بطنطا

بحث منشور في مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا

العدد السابع عشر

١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٤ م



بسم الله الرحمن الرحيم

****

مقدمة :

من أهم عقود المعاوضات في الحياة العلمية والعملية عقد البيع ومن أجل ذلـك اهـتم بأحكامــه الفقه الإسلامي والقانون المدني مبينا حقيقته ومشروعيته وأركانه وشروطه التي تجعله عقدا نافذا ولازما للطرفين بل من أهم شروط عقد الـبيع عـلم المشـتري بالمبيع علما كافيا ونافيا للجهالة التي تؤدي للمنازعات والخصومات ٠

وعـلم المشتري بالشيء المبيع يتحقق في حالة ما لو قام بمعاينته معاينة تـتفق مع طبيعته التي تمكنه من معرفة أوصافه الأساسية وما يحتوي عليه من جزئيات ، وحالته قوة وضعفا ، قديما وحديثا ٠٠٠٠ الخ ٠

وهذا العلم قد يكون بالرؤية إن كان المبيع في المرئيات أو بالشم إن كان مـن المشـمومات كالعطور أو بالتجربة إن كان من الآلات التجارية والسيارات والميكنة الزراعية ، أو بالمذاق في حالة ما لو علق المشتري رضاءه بالبيع على ذوق الشـيء وملاءمته له ، وهذا هو المتبع غالبا في الأطعمة والأشربة كما في بيـوع الحـلوى والزيوت والخل والأنبذة وبعض المأكولات ٠ والمذاق نوع من الـتجربة ، وكـان من الواجب إعطاء البيع بالتجربة والبيع بالمذاق نفس الحكم ولكـن القانون المدني المصري خالف بعض القوانين العربية وجعل لبيع المذاق حكما يغاير حكم البيع بشرط التجربة ٠

وتقديـر مـا إذا كان علم المشتري بأوصاف الشيء المبيع كافيا أم لا ٠ مسألة موضوعية يتوقف الفصل فيها على ظروف الحال وطبيعة المبيع والهدف مـن شـرائه ، مثل ما لو اشترى شخص سيارة ليركبها فإنه يعتبر عالما بها إذا اشـتمل العقـد عـلى اسم المصنع المنتج لها وتاريخ الصنع والأبواب والمقاعد وتجربتها إذا اشترط ذلك في العقد ٠

أمـا إذا كـانت السـيارة للسباق فلابد من بيان السرعة القصوى لها ٠ وتجربتها حتى يتحقق المشتري من مدى سرعتها وصلاحيتها للسبـاق ٠ وكذلك

الجواد الذي اشتراه من أجل السباق لابد من معرفة السلالة التي انحدر عنهـــا هذا الفرس ، فضلا عن تجربته إذا اشترط ذلك في العقد ٠

وإذا كـــانت المـــادة ٤١٩ / ١ مدني مصري اعتبرت وصف المبيع في العقد يقوم مقام الرؤية ويسقط خيارها إلا أن الفقه الإسلامي كان أشد حرصا من القـــانون حيـــنما خالفه في ذلك وشرع خيار الرؤية للمشتري الذي لم ير الشيء المبيع حتى لو تضمن العقد وصف المبيع وصفا كافيا ووجد المشتري على نحو ما وصف له ٠ وإذا وصف المبيع في العقد لا يغني عن الرؤية ولا يسقط الخيار فيها خلافا للمادة ٤١٩ / ١ مدني ٠

بل يثبت خيار الرؤية للمشتري حتى ولو ذكر في العقد أنه عالم بالمبيع ، وثبت أنه لم يره عند التعاقد أو قبله أو بعده ، ولا يسقط بالنزول عنه في العقد ، ومـــن هنا يتبين مدى حرص الفقه الإسلامي على مشروعية خيار الرؤية وخيار الشـــرط للتثبت والتروي والوقوف على حقيقة الشيء المبيع حتى ولو أدى الأمر إلى التجربة أو المذاق للعلم بالشيء المبيع علما كافيا ٠

وهذا ما دفعني إلى الكلام في عجالة عن البيع بشرط التجربة أو المذاق للوقوف على حقيقة الشيء المبيع والعلم به علما كافيا ، تلاشيا للنزاع أو الضرر الذي يلحق بالمشتري ٠

خطـة البحـث :

أهم نقاط البحث :

مقدمة في تعريف البيع والشرط والتجربة ٠

١ – تعريف البيع بشرط التجربة ٠

٢ – نطاقـــــه ٠

٣ – الهدف والغاية منه ٠

٤ – مدة التجربة والأساس الشرعي لها ٠

٥ – طبيعة البيع بشرط التجربة ٠

٦ – الأحكام المتعلقة بشرط التجربة .
٧ – البيع بشرط المذاق نوع من البيع بشرط التجربة طبيعته وأحكامه .
٨ – الفرق بينه وبين البيع بشرط التجربة .
٩ – الخاتمة .

****

البيع بشرط التجربة أو المذاق :

أ – تعريف البيع :

لغـــة : مصدر باع وهو مبادلة مال بمال أو مقابلة شيء بشيء[١] .

واصطلاحا : (هو مبادلة مال بمال على نحو مخصوص) .

أو مقابلة مال بمال على وجه مخصوص . أو هو عقـــد معاوضـــة مالية تفيد ملك عين أو منفعة على التأبيد لا على وجه القربـــة [٢] .

واتفـق الفقهـاء على أن البيع مشروع وجائز بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول .

قال تعالى : ﴿ **وأحل الله البيع وحرم الربا** ﴾ [٣] .

وقول الرسول – صلى الله عليه وسلم – حينما سئل أي الكسب أطيب ؟ فقال : { عمل الرجل بيده ، وكل بيع مبرور } [٤] وقوله – صلى الله عليه وسلم { إنما البيع عن تراض } . { البيعان بالخيار ما لم يتفرقا } .

وأجمع فقهاء المسلمين على مشروعية البيع وجوازه ، لحاجة الإنسان بما فـي يـد صـاحبه ، ولا طريق إلى المبادلة إلا بالعوض ، ففي مشروعية البيع وجوازه وصول إلى دفع حاجة الإنسان .

فمشروعية البيع واضحة لما فيه من رفق بالعباد والتعاون على حصول معاشهم [٥] .

---

(١) المصباح المنير ولسان العرب مادة بيع .

(٢) قليوبي وعميرة جـ ٢ ص ١٥٢ ، شرح الروضة جـ٢ ص ٢ ، فتح القدير جـ ٦ ص ٢٤٦ .

(٣) سورة البقرة آية ٢٧٥ .

(٤) أخرجه الإمام أحمد ص ١٤١ .

(٥) المغني لابن قدامة جـ ٤ ص ٣٠ . حاشية العدوي جـ ٢ ص ١١٥ .

وقد عرفت المادة ٤١٨ مدني مصري البيع بأنه [عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي } .

ولـو نظرنا إلى تعريف الفقه الإسلامي للبيع وتعريف القانون لوجدنا أن تعـريف الفقه أعم من تعريف القانون لأنه يحتوي على عقدي البيع والمقايضة التي هي مبادلة عين بعين وغيرها من الحقوق المالية .

ب - الشرط :

لغـة : إلزام الشيء والتزامه (جمعه على شروط) والشرط بفتح الراء معناه العلامة ويجمع على اشراط - [أشرط الساعـة] أي علاماتها [١] .

واصطلاحا : له معنيان : هو ما يلزم من عدمه العدم ، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته [٢] .

الشرط الشرعي : وهو أنواع :

شرط للوجوب وشرط للانعقاد ، وشرط للصحة ، وشرط للزوم ، وشرط للنفاذ .... وغيرها من الشروط المعتبرة .

أو هو التزام أمر لم يوجد في أمر قد وجد بصفة مخصوصة .

الشرط الجعلي : وهو ما يشترطه المتعاقدان في تصرفاتهما .

وقـد عرف الفقه الوضعي الشرط بأنه (أمر مستقبل غير محقق الوقوع يترتب على تحققه وجود الالتزام أو زواله) [٣] .

---

(١) المصباح ، واللسان مادة (شرط) .

(٢) حاشية الحموي ٢ / ٢٢٥ ، جمع الجوامع جـ ٢ ص ٢٠ .

(٣) د . عبد الحي حجازي : النظرية العامة للالتزام جـ ١ ص ١٥٣ ، د . جمال الدين زكي ص ٨٤٧ ، د . سليمان مرقس ص ٤٩٤ ، د . البدراوي ص ٢٣٠ ، د . حمدي سعد : أحكام الالتزام ص ٢٥٥ .

وهذا ما نصت عليه المادة ٢٦٥ مدني (يكون الالتزام معلقا على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتبا على أمر مستقبل غير محقق الوقوع) .

إذاً الشرط أمر عارض ومستقبل وغير محقق الوقوع تضيفه إرادة الطرفين إلى الالتزام الذي استجمع عناصره وتوافرت شروطه القانونية فيؤثر على وجود هذا الالتزام إن كان شرطا واقفا أو على زواله إن كان شرطا فاسخا . كالبيع بشرط التجربة أو بشرط المذاق (محل دراستنا) .

ولذلك يتنوع الشرط كوصف للالتزام إلى نوعين : واقف وفاسخ فالشرط الواقف : هو الذي يتوقف على تحققه وجود الالتزام أو إنتاج الإرادة أثرها .

والشرط الفاسخ : هو الذي يؤدي تحققه إلى زوال الالتزام . كالبيع مع شرط التجربة فهو بيع معلق على شرط واقف وهو قبول المشتري للمبيع ، ومن ثم فإن هذا البيع لا ينفذ ولا ينتج آثاره إلا إذا تحقق هذا الشرط .

ويجوز للطرفين أن يتفقا صراحة أو ضمنا على اعتبار البيع بشرط التجربة بيعا معلقا على شرط فاسخ هو رفض المشتري البيع لعدم ملاءمته له أو لعدم صلاحيته .

ولذلك تنص المادة ٢٦٨ مدني على أنه :

[إذا كان الالتزام معلقا على شرط واقف فلا يكون نافذا إلا إذا تحقق الشرط .....] .

وتنص المادة ٢٦٩ / ١ مدني بقولها :

[١ - يترتب على تحقق الشرط الفاسخ زوال الالتزام . ويكون الدائن ملزما برد ما أخذه ، فإذا استحال الرد لسبب هو مسئول عنه وجب عليه التعويض] .

ج - التجربة :

التجربة مصدر جربت ، ومعناه الاختبار : يقال : جربت الشيء تجريبا وتجربة ، أي اختبرته مرة بعد أخرى [١] .

---

(١) المصباح المنير ، ولسان العرب مادة (جرب) وفى المعجم الوجيز مادة (جرب).

وفي القاموس المحيط : جربة تجربة : اختبره ٠
ولا يخرج استعمال الفقهاء عن المعني اللغوي [١] .

والبيع بشرط التجربة شكل من أشكال إبرام البيع في صورة معينة وهي اقـتران العقد بشرط من الشروط يعطي لمن شرطه الحق في الخيار بين إمضاء العقد أو فسخه إذا تخلف ما قصده من وراء هذا الشرط فتكون إذاً أمام عقد أبرم غيـر لازم لاقـترانه بمـا يشبه خيار الشرط ، وكذلك البيع بشرط المذاق حيث اقـترن العقـد بخيار الشرط وهو تذوق المبيع ، فإذا جاء بالموافقة صار لازما وتسرى عليه أحكام البيع بشرط التجربة لأنه بيع معلق على شرط فاسخ [٢] .

وقـد تعرضـت الموسوعة الفقهية في الجزء العاشر " مصطلح تجربة " لبعض صور التجربة كتجربة الثوب ، وتجربة الدار ، وتجربة الدابة ، وتجربة الصـبي لمعـرفة رشده ، والقائف لمعرفة كفاعته ، وتجربة أهل الخبرة ٠ وهذا يدل على مدى اهتمام الفقه الإسلامي لتجربة الشيء المبيع في مدة الخيار ٠

تعريف البيع بشرط التجربة :

نصت المادة ٤٢١ /١ على أنه [في البيع بشرط التجربة يجوز للمشتري أن يقـبل المـبيع أو يرفضه ، وعلى البائع أن يمكنه من التجربة ، فإذا رفض المشتري المبيع وجب أن يعلن الرفض في المدة المتفق عليها ، فإن لم يكن هناك اتفـاق عـلى المدة ففي مدة معقولة يعينها البائع ، فإذا انقضت هذه المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولا] ٠

مـن هذا النص عرف الفقه الوضعي البيع بشرط التجربة ، هو البيـع الـذي يحـتفظ فيه المشتري بحقه في تجربة المبيع للتأكد من مدى ملاءمته لـه

(١) الموسوعة الفقهية لوزارة الأوقاف لدولة الكويت مصطلح (تجربة) ٠

(٢) الوجيز في المعاملات الشرعية جـ٢ ص ٧٩ ، د ٠ محمد نجيب عوضين ٠

شخصيا أو من مدى صلاحيته للغرض الذي أعد لـــه ، وذلك قبل أن يقدم نهائيا على شرائه[١] .

أو هـــو بيـــع يحتفظ فيه المشتري بخيار تجربة المبيع ليقرر ما إذا كان يروق له أو لا [٢] .

أو هـــو الـــبيع المعـــلق على شرط متصل بتجربة المبيع لمعرفة مدى ملاءمته لحاجة المشتري [٣] .

أو هـــو البيع الذي يتفق فيه البائع مع المشتري على حق هذا الأخير في تجـــربة المبيع لمعرفة مدى ملاءمته له أو مدى صلاحيته للغرض الذي أعد له خلال مدة معينة [٤] .

ويتفق الفقه الوضعي مع الفقه الإسلامي المعاصر في تعريف البيع بشرط الـــتجربة حيـــث يرى بعض الفقهاء بأنه (هو البيع الذي يتفق فيه العاقدان عند إبـــرام العقـــد على أن يكون للمشتري حق تجربة المبيع خلال فترة معينة بعدها يعلق موافقته فيصير لازما أو رفضه فيكون كأن لم يكن) [٥] .

إذا هـــو البيع الذي يتفق فيه على احتفاظ المشتري بحق تجربة المبيع . وهـــذا الاتفـــاق قـــد يكون صريحا ، وقد يكون ضمنيا يستخلص من ظـــروف الـــتعامل أو مـــن طـــبيعة المـــبيع ، كشراء الملابس الذي تقضي العادة بتجربة المشتري لها .

---

(١) د . إبـــراهيم أبو النجا : عقد البيع في القانون المدني ص ٥٦ ، د . توفيق فرج : عقد البيع ص ١٦٩ .

(٢) د . عبد المنعم البدراوي : عقد البيع في القانون المدني ص ١٦٦ .

(٣) د . سمير تناغو : عقد البيع ص ٨٥ فـــ ٢١ .

(٤) د . عبد السميع أبو الخير ، الوجيز في شرح أحكام عقد البيع ص ٥٥ .

(٥) د . محمـــد نجيب عوضين المغربي – الوجيز في المعاملات الشرعيـــــــــة جـــ ٢ ص ٧٩ .

نطاق البيع بشرط التجربة :

جــرت العــادة فــي بيع بعض الأشياء على تجربتها كالملابس الجاهزة والآلات الميكانيكية الدقيقة الصنع إلى حد لا يستوثق معه من صلاحيتها إلا بعد التجربة .

فــإذا لم يظهر من ظروف التعاقد أن المتعاقدين أرادا استبعاد هذه العادة فيفهم ضمنا أنهما أرادا اتباعها [١] .

وغالــبا مــا يكون في السلع الاستعماليه التي تقبل التجربة ، ويكثر في القيميات أو بعض المثليات الهامة ذات الطبيعة الخاصة كفرس للسباق أو ناقة أو ســيارة أو ماكينة زراعية لمعرفة قدرتها وقوتها ومدى صلاحيتها حيث يشترط المشتري تجربتها بالرغم من إبرامه العقد ورضاه به صحيحا [٢] .

ويكــون فــي الآلات الموســيقية والأثــاث والحيوانات بأنواعها ، وفي العقــارات كمــن يشــتري منزلا ويريد أن يجربه بالسكنى فيه لمعرفة مــدى ملاءمته .

الهدف أو الغاية من شروط التجربة :

والســبب في اشتراط التجربة قبل الموافقة النهائية على المبيع هو تأكد المشتري من هذين الأمرين :

١ – التأكد من صلاحية المبيع للغرض المقصود منه .

٢ – الــتأكد مــن ملاءمته لحاجته الشخصية كما في الملابس الجاهزة ، وفي الآلات الكهربائية والميكانيكية [٣] .

والمرجع في ذلك هو ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين .

---

(١) خميس خضر : عقد البيع في القانون المدني ص ٦١ .

(٢) الوجيز في المعاملات الشرعية ص ٧٩ .

(٣) د . إبراهيم أبو النجا ص ٥٧ .

فإذا كان القصد من التجربة هو الاستيثاق من ملاءمة البيع للغرض منه كالكشف عن حالة السيارة أو عن سلامة الآلة الموسيقية ، فإن المشتري لا يستبد في هذه الحالة بنتيجة التجربة ، بل يكون حكمه خاضعا لتقدير الخبراء وتحت رقابة القضاء ٠

أما إذا كان القصد من التجربة بحسب اتفاق المتعاقدين هو معرفة مدى ملاءمة المبيع لحاجة المشتري الشخصية كما لو تعلق الأمر بشراء دار لسكنى المشتري أو فرس لمباشرة هوايته الشخصية في الركوب ، فإن المشتري يستبد في هذه الحالة بنتيجة التجربة ، ويكون له بغير رقابة عليه أن يقبل المبيع أو يرفضه ٠

والغرض الثاني هو الغرض الغالب وخاصة إذا لم تكن إرادة المتعاقدين واضحة في الأخذ بأي من الغرضين ، تغليبا لما جرى عليه العمل بين الناس وما ذكرته المذكرة الإيضاحية وما توصي به صياغة المادة ٤٢١ مدني [١] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٢٦، الوسيط للسنهوري جـ ٤ ص ١٣٢ ، د ٠ سمير تناغو : ص ٨٦ – ٨٧ ٠

المدة اللازمة لتجربة الشيء المبيع :

نصت المادة ٤٢١ / ١ مدني مصري على أنه [في البيع بشرط التجربة يجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفضه ، وعلى البائع أن يمكنه من التجربة ، فإذا رفض المشتري المبيع وجب أن يعلن الرفض في المدة المتفق عليها ، فإن لم يكن هناك اتفاق على المدة ففي مدة معقولة يعينها البائع ، فإذا انقضت هذه المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولا [(١)] .

بين المشرع في البيع بشرط التجربة أنه لابد من مدة تمكن المشتري من تجربة الشيء المبيع حتى يعلن رفضه أو قبوله للمبيع في هذه المدة التي تحدد بموجب اتفاق بين الطرفين أو بمقتضى العرف أو بمعرفة البائع أو بموجب حكم قضائي .

فإذا اتفق الطرفان على تحديده مدة لتجربة الشيء المبيع فإنه يلزم احترامها وإبداء رأي المشتري فيها حيث يجب عليه أن يعلن خلال هذه المدة رأيه إلى البائع بما أسفرت عنه التجربة بالقبول أو بالرفض ، فإذا انقضت هذه المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولا . شريطه أن يمكنه البائع من التجربة في هذه المدة المحددة .

وقد تتعين المدة بموجب العرف أو ما استقر عليه التعامل بين الناس كما في بيع الخيول والسيارات في بعض البلاد [(٢)] .

وإذا لم يوجد اتفاق بين المتعاقدين أو عرف يحدد مدة التجربة فإنه يجوز للبائع تحديد مدة معقولة لإبداء رأي المشتري فيها بالرفض أو القبول بعد نتيجة

---

(١) انظر هذه المواد في القوانين المدنية العربية : ٤١٠ ليبي ، ٣٨٩ سوري ، ٤٥٨ كويتي ، ٤١٩ صومالي ، ٣٥٩ سوداني ، ٥٢٤ عراقي ، ٣٥٥ جزائري ، ٣٧٩ من قانون التجارة الكويتي ، ٤٧٠ – ٤٧٦ أردني ، ٣٩١ لبناني .

(٢) د . توفيق فرج : عقد البيع والمقايضة ص ١٧٢ ، ١٧٣ ، د . إبراهيم أبو النجا ص ٢٨ .

التجربة • وإذا وجد المشتري أن هذه المدة غير معقولة ولم تكف التجربة لجأ إلى القضاء طالبا مد هذه المدة المعينة من قبل البائع في حالة رفضه لذلك •

وفي هذه الحالة يكون لقاضي الموضوع السلطة المطلقة في الأخذ بما استقر عليه التعامل •

وإذا لم يقم بالتجربة خلال هذه المدة المحددة ، كان من حق البائع أعذاره بالقيام بها • [ولما كان العقد في هذه الحالة معلقا على شرط واقف يحسب الأصل ، فإن عدم قيام المشتري بالتجربة خلال المدة المحددة مع تمكنه من ذلك، يؤدي إلى منع تحقق الشرط من جانبه ، وبالتالي يعتبر أن الشرط قد تحقق بمجرد مرور المدة ، ويكون للبائع أن يعتبر البيع نهائيا] •

بل يرى البعض بأن للبائع أن يطلب فسخ البيع الذي عقد تحت شرط واقف لعدم تنفيذ المشتري لالتزامه بالقيام بالتجربة (١) ، وذلك بعد إعذاره للمشتري بالقيام بالتجربة وفقا لنص المادة ١٥٧ / ١ التي تقول [في العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه حاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه ، مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى] (٢) •

وقد بين أحكام هذا البيع القانوني المدني الكويتي في المادة ٤٥٨ ، وأيضا قانون المعاملات الإماراتي في المواد من ٤٩٤ – ٥٠٣ حيث اشترط هذا القانون لصحة هذه الصورة ضرورة الاتفاق عند اشتراط التجربة على مدة معلومة لإجراء هذه التجربة ، وعند عدم التحديد فإنه يحمل ذلك على العرف المعتاد ، حتى يستطيع المشتري حق التجربة خلالها ، ويبدي رأيه بالموافقة أو

---

(١) د • توفيق فرج ص ١٧٣ مع الهامش ونفس المعنى د • سمير تناغو ص ٨٨ •

(٢) انظر نفس المعنى المادة ٢٠٩ مدني كويتي •

بالــرفض ، فإذا انتهت المدة دون إبداء لرأيه حمل ذلك على الموافقة ، **لأنها لو** كانت بالرفض لوجب إعلان البائع [١] .

الأساس الشرعي لمدة التجربة :

إن الأســاس الشرعي لمدة تجربة الشيء المبيع في البيع بشرط التجربة هو خيار الشرط .

والخيار في اللغة : اسم مصدر من الاختيار ، ومعناه طلب خير **الأمرين** أو الأمور [٢] .

والشــــرط : هو إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه [٣] .

وفي الاصطلاح : يقول ابن عابدين :

[إن خيــار الشرط مركب إضافي صار علما في اصطلاح الفقهـــاء علــى مــا يثــبت (بالاشتراط) لأحد المتعاقدين من الاختيار بين الإمضـــاء والفسخ] [٤] .

ويطلق عليه :

أ – الخيار الشرطي (بالوصفية لا بالإضافة) تمييزا عن الخيار الحكمي الذي يثبت بحكم الشرع دون الحاجة إلى اشتراط مثل خيار العيب [٥] .

ب – خيــار التروي : لأنه شرع للتروي وهو النظر والتفكر في **الأمر** والتبصر فيه قبل إبرامه [٦] .

---

(١) انظر المادة ٤٩٥ معاملات إماراتي .

(٢) المصباح المنير ، ولسان العرب مادة (خير) .

(٣) لسان العرب مادة (شرط) .

(٤) رد المحتار ٤ / ٤٧ ، الموسوعة الفقهية مصطلح [خيار الشرط] .

(٥) حاشية الدسوقي ٣ / ٩١ وهذه التسمية متداولة عند المالكية .

(٦) نهاية المحتاج ٤ / ٣ وهذه التسمية متداولة عند الشافعية .

جـ- بيـع الخيـار - وهـذا الاسم واقع على العقد الذي اقترن بخيار الشـرط [١] .

وخيـار الشـرط مشـروع وجائـز العمل به في نطاق العقود اللازمة للمـتعاقدين . ولذلـك ذهـب جمهور الفقهاء إلى الأخذ بخيار الشرط واعتباره مشروعا لا ينافي العقد .

واستدلوا على ذلك بحديث حبان بن منقذ بن عمرو : عندما كان رجلا قد أصـابته آمة في رأسه ، فكسرت لسانه ونازعته عقله ، وكان لا يدع التجارة ، ولا يزال يغبن ، فأتى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فذكر له ذلك ، فقال : إذا بعـت فقـل : لا خلابة ، ثم أنت في كل سلعة تبتاعها بالخيار ثلاث ليال ، فإن رضيت فأمسك ، وإن سخطت فارددها على صاحبها] .

وفي رواية أخرى : [إذا بعت فقل : لا خلابة ، مرتين] [٢] .

واسـتدلوا بقـول الرسـول صلى الله عليه وسلم [المتبايعان كل منهما بالخيـار عـلى صاحبه ما لم يتفرقا .... إلا بيع الخيار ، وفي رواية إلا أن يكون صفقة خيار] [٣] .

وحمل ذلك الاستثناء على حالة اشتراط الخيار ، وقالوا في معنـــاه : هـو خيار كل من المتعاقدين في الإقدام على العقد أو الإحجام عنه قبل التفرق، فيمكـن أن يمتد فيكون له الخيار أطول من تلك الفترة إذا كان البيع مشترطا فيه خيـار] [٤] .

---

(١) بداية المجتهد ٢ / ١٧٤ - ويستعمل هذه التسمية جمهور الفقهاء وخاصة المالكية .
انظر في هذه المعاني الموسوعة الفقهية لدولة الكويت (شرط) .

(٢) أخرجه الدارقطني ٣ / ٥٦ ، أخرجه البخاري (الفتح ٤ / ٣٣٧) .

(٣) أخرجه البخاري ومسلم والترمذي .

(٤) الموسوعة الفقهية [خيار الشرط] .

وقـد أجمـع الفقهاء على مشروعيته وجواز العمل به وخاصة إذا كانت مدته معلومة .

ولذلك يقول الكمال ابن الهمام : وشرط الخيار مجمع عليه [١] .

ويقـول الإمـام الـنووي [وهـو جائز بالإجماع ... إذا كانت مدته معلومـة] [٢] .

والذي يعنينا في هذا المقام هو معلومية المدة لشرط خيار البيع .

والتي تبنى عليها مدة شرط التجربة .

اتجاهات الفقهاء في تحديد المدة :

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لابد من تقييد الخيار بمدة معلومة مضبوطة من بالزيادة والنقصان .

فـلا يجوز اشتراط خيار غير مؤقت أصلا ، وهو من الشروط المفسدة عـند الجمهور لمخالفته لمقتضى العقد ، وأنه مفسد للعقد في الأصل إلا أنه أجيز استحسانا بالنص ، فبقى ما وراء المنصوص عليه على أصل القياس [٣] .

والحكمـة فـي توقيت المدة أن لا يكون الخيار سببا من أسباب الجهالة الفاحشة التي تؤدي إلى التنازع وهو ما تتلاشاه الشريعة في أحكامها .

وللمدة الجائز ذكرها حدان [حد أدنى ، وحد أقصى] .

الحـد الأدنى : فلا توقيت له ، وليس له قدر محدود بحيث لا يقل عنه ، فيجوز مهما قل ، لأن جواز الأكثر يدل بالأولوية على جواز الأقل .

قال الكاساني : [أقل مدة الخيار ليس بمقدر] .

أي يجوز ولو لحظة] .

---

(١) فتح القدير ٥ / ١١١ .

(٢) المجموع شرح المهذب للنووي ٩ / ١٩٠ ، ٢٢٥ .

(٣) بدائع الصنائع ٥ / ٢١٣ ، المجموع ٩ / ١٩٠ .

الحد الأقصى للمدة الجائزة :

اختــلف الفقهاء في تحديد الحد الأقصى لمدة خيار الشرط [مدة التجربة للشيء المبيع] على نحو ثلاث اتجاهات [١] .

الاتجاه الأول : هــو جواز زيادة المدة عن ثلاثة أيام ، وهذا ما ذهــب إليــه الإمــام أحمد ، ومحمد بن الحسن وأبو يوسف ، وابن أبي ليلى ، وابــن شبرمه ، والثورى ، وابن المنذر ، وإسحاق بن راهوية ، وأبو ثور ، وعبيد الله بن الحسن العنبري الذين قالوا بجواز اتفاق المتعاقدين في خيار الشرط علـــى أي مـــدة مهمــا طــالت ، لمــا في النصوص المثبتة للخيار من الإطلاق وعدم التفصــيل ، ولأن الخيار حق يعتمد الشرط من العاقد فرجع إليه في تقديره ، أو هــو مدة ملحقة بالعقد فتقديرها إلى المتعاقدين [٢] . ولكن بشرط ألا تكون المدة طويــلة فتــنافي مقتضى العقد – الذي جعله الشارع إرفاقا للمتعاقدين – وتفقده غايته .

الاتجاه الثاني : يرى بأن أقصى مدة الخيار الجائزة تتعين بقدر الحاجة وفــي حدود المعتاد لنوع الشيء المبيع نظرا لاختلاف المبيعات ، وهذا ما ذهب إليه الإمام مالك – فللعاقد تعيين المدة التي يشاء [٣] .

ويــبين ابن رشد الغاية من الخيار فيقول : وأما عمدة أصحــاب مالك فهــو أن المفهوم من الخيار هو اختبار المبيع ، وإذا كان ذلك كذلك وجــب أن يكون ذلك محدودا بزمان إمكان اختبار المبيع ، وذلك يختلف بحســب كل مبيع [٤] .

---

(١) انظر : الموسوعة الفقهية جـ٢٠ ص ٨٢ وما بعدها .

(٢) المبســوط ١٣/ ٤١ ، المجموع ٩ / ١٩٠ ، المغني لابن قدامة ٣ / ٤٩٨ ، الفروع لابن مفلح ٤ / ٨٣ .

(٣) حاشية الدسوقي ٣/ ٩٥ ، حاشية العدوي ٤ / ١٩ ، بداية المجتهد ٢ / ٢٠٩ .

(٤) بداية المجتهد لابن رشد ٢ / ٢١٠ .

إذاً بعد عرض هذين الاتجاهين بالنسبة للحد الأقصى للمدة يتبين لنا بأنه يجوز تجربة الشيء المبيع في مدة الخيار التي تختلف باختلاف نوعه .

ولهذا كان للفقه الإسلامي فضل السبق في بيان حكم البيع بشرط التجربة وذكر صور منها وبيان حكم كل صورة حسب نوع السلع محل عقد البيع .

وأهم هذه الصورة هي [١] :

١ - تجربة الدار أو العقار :

يرى الحنفية أنه إذا كان المبيع دارا فسكنها المشتري في مدة الخيار ، أو أسكنها غيره ، بأجر أو بدون أجر ، فإن الخيار يسقط والبيع نافذ لاختيار المالك الشيء المبيع وتقريره لقبوله وإجازته دلالة عندهم بسبب السكنى [٢] .

ويرى المالكية بأنه يجوز للمشتري في مدة الخيار أن يسكن الدار المشتراة تيسيرا لتجربتها واختبارها [٣] بل صرحوا بأن زمن الخيار للعقار شهر وستة أيام [٤] يجوز فيها تجربة العقار وإبداء رأيه بالقبول أو بالرفض .

٢ - تجربة الدواب :

حيث يرى الفقهاء جواز تجربة الدواب في مدة الخيار للنظر في سيرها وقوتها .

وقد صرح المالكية بأن مدة تجربة الدواب تختلف بحسب المقصود من الخيار فيها ، فإن كان الخيار لمعرفة قوتها وأكلها وسعرها فأقصى مدته ثلاثة أيام ، وإن كان خيار الشرط متضمنا أنها للاختبار في البلد نفسه فالمدة يوم واحد

---

(١) انظر : تفصيل ذلك في الموسوعة الفقهية لوزارة الأوقاف بدولة الكويت – مصطلح (تجربة – وخيار الشرط) .

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ٥ / ٢٧٠ .

(٣) الشرح الصغير ٣ / ١٣٥ .

(٤) الدسوقي ٣ / ٩٣ ، بداية المجتهد ٢ / ٢١٠ .

وشـبهه ، أمـا إن كان خارجة فأقصى المدة بريد [أي سير نصف يوم بالسير المعتاد] هذا عند ابن القاسم ، وبريدان عند أشهب . وقد ألحق بالثلاثة أيام يوم واحد لتمكين المشتري من رد المبيع [١] .

٣ - تجربة الثيـاب :

يـرى جمهـور الفقهـاء أنه يجوز تجربة الثياب في مدة الخيار لمعرفة مقاسه وطوله وعرضه إلا أن ذلك لا يعتبر إجازة .

إلا أن الحنفية صرحوا بأن المشتري إذا لبس الثوب مرة ، ثم لبسه ثانيا لمعـرفة الطول والعرض يسقط خياره لأنه لا حاجة إلى تكرار اللبس في الثوب لحصول المقصود باللبس مرة واحدة [٢] .

وقـد صـرح المالكية بجواز لبس الثياب بغية التجربة والاختبار وأيضا بقيـة الأشـياء كالعـروض والمثليات على أن تكون أقصى المدة لها ثلاثة أيام ويلحق بها يوم واحد [٣] حتى يستطيع فيه المشتري إبداء رغبته في الشيء المبيع بالقبول أو بالرفض .

ومـن هذه الدراسة يتبين لنا بأن نطاق التجربة في الفقه الإسلامي أوسع من الفقه الوضعي الذي اقتصر على تجربة الآلات والحيوانات والعقارات .

أمـا الفقه الإسلامي أشار إلى تجربة الآلات والعقارات والدواب والثياب والعـروض والمثليات بل زاد على ذلك تجربة الصبي لمعرفة رشده وتجربة الفـائق لمعـرفة كفاءته ، وتجربة أهل الخبرة الذين يعمل بقولهم في المنازعات

---

(١) بدائـع الصـنائع ٥ / ٢٧٠ ، حاشية الدسوقي ٣/ ٩٣ ، الشرح الصغير ٣/ ١٣٦ ، المغني ٤ / ١٥ - ١٦ .

(٢) الموسوعة " تجربة " .

(٣) انظر : حاشية الدسوقي ٣ / ٩٣ ، الشرح الصغير ٣ / ١٣٦ .

حيث يشترط فيهم ثبوت خبرتهم بتجارب مناسبة كالطبيب والمهندس [١] والصانع والتاجر وغيرهم .

وهـذا يدل على مدى سبق الفقه الإسلامي وشموله ومرونته وصلاحيته لكل زمان ومكان .

الاتجاه الثالث :

هـو تحديد مدة الخيار بثلاثة أيام بلياليها أيا كان نوع المعقود عليه ، فلا يجوز الخروج عن هذه المدة . وهذا ما ذهب إليه أبو حنيفة وزفر والشافعي في الوجه المشهور عنه [٢] .

واستدلوا على ذلك بما جاء في حديث حبان بن منقذ السابق ذكره لإثبات الخيار فيه على ثلاثة أيام وبقول الرسول صلى الله عليه وسلم [من اشترى شاه محفـلة فهـو بخير النظرين ثلاثة أيام إنشاء ردها ورد معها صاعا من تمر أو صاعا من شعير] [٣] .

وفـي رواية أخرى عن أبي هريرة أنه قال : [من اشترى شاة مصراة فهو فيها بالخيار ثلاثة أيام إن شاء أمسكها وإن شاء ردها] .

واحـتجوا بـالمعقول بأن الخيار مناف لمقتضى العقد وقد جاز للحاجة فيقتصر على القليل منه وآخر القليل ثلاث وأحتج بمثل ذلك الإمام النووي بحديث حبان [٤] .

والذي أراه وأرجحه هو الاتجاه الثاني وهو ما رآه الإمام مالك بأن المدة الجائـزة هي التي تتعين بقدر الحاجة وفقا لنوع الشيء المبيع نظرا لاختـلاف المبيعـات .

---

(١) الموسوعة جـ ١٠ ص ١٦٠ .

(٢) البدائع ٥ / ١٧٤ ، فتح القدير ٥ / ١١١ ، المجموع ٩ / ١٩٠ .

(٣) أخرجه مسلم ٣ / ١١٥٨ ، والمصراه هي الشاة التي لم تحلب أياما ليجتمع اللبن في ضرعها للبيع .

(٤) المجموع ٩ / ١٩٠ .

إذا مدة التجربة تختلف أيضا باختلاف الآلات والحيوانات محل عقد البيع .
ولذلك جاء في مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني الكويتي
[ويجيز للمشروع اشتراط التجربة أو المذاق ، في مدة معلومة لقبول البيع أو رفضه دون تحديد لمداها .

وفي ذلك يجمع الفقه الإسلامي على أن الخيار موقوت بمدة معينة ، إنما اختلف الأئمة في مقدار المدة الجائزة ، فذهب أبو حنيفة ومعه زفر والشافعي إلا أن أقصى المدة ثلاثة أيام . لأن خيار الشرط جاء على خلاف القياس وترك القياس لورود الأثرية ، وهو قول الرسول عليه السلام لحبان بن منقذ بن عمر الأنصاري [إذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة أيام] ومن ثم يجب أن يقتصر على المدة المحددة فيه وهي ثلاثة أيام . وذهب الصاحبان ومعهما مالك وابن حنبل إلى أن خيار الشرط موقوت بالمدة التي يحددها المتبايعان (طالت المدة أو قصرت) .

لأنه [شرع للحاجة إلى التروي ليندفع الغبن] وقد تمس الحاجة إلى مدة تزيد على ثلاثة أيام . وقد روي عن ابن عمر رضي الله عنه أنه أجازه لشهرين .

وقد أخذت المجلة بهذا الرأي فأجازت في المادة ٣٠٠ منها ، اشتراط الخيار مدة معلومة وذلك دون تحديد لمداها . وجاء في تقرير المجلة عن ذلك (وأكثر مدة خيار الشرط عند الإمام رحمه الله تعالى ثلاثة أيام ، وعند الإمامين تكون المدة على قدر ما شرط المتعاقدان من الأيام . ولما كان قولهما هنا .. أوفق للحال والمصلحة وقع عليه الاختيار وذكر بدون مدة الأيام الثلاثة في المادة ٣٠٠) وهو ما أخذ به المشروع فإذا سكت المتبايعان عند إبرام البيع عن تحديد مدة حملت على المدة المعتادة التي يترك تقديرها لقاضي الموضوع وفق ظروف الحال وعرف الجهة وطبيعة المعاملة فإذا انقضت المدة دون أن يعلن المشتري رفضه للبيع مع تمكنه من التجربة أو المذاق اعتبر سكوته

الملابـــس قبولا ، وبذلك فإن البيع لا ينعقد إلا من وقت قبول البيع صراحة أو دلالة] [١] .

ومما سبق يتبين لنا بأن المشرع الكويتي أخذ بالرأي الذي رجحناه وهو أن تكون المدة وفقا لظروف الحال وعرف الجهة وطبيعة المعاملة وذلك في حالة سـكوت المتـبايعين عـن تحديد مدة عند إبرام البيع ، وبهذا يتمشى مع القانون المدنـي المصـري طبقا للمادة ٤٢١ ، والقانون المدني الليبي وفقا للمادة ٤١٠ مدني ، والقانون السوري والأردني والعراقي [٢] .

---

(١) انظـر : مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني الكويتي - المجلد الرابـع - ص ١٣٨٨ للمستشـار / أحمـد صـفاء الدين العطيفي ، انظر : المادة ٤٥٨ مدني كويتي .

(٢) انظر : المواد ٣٨٩ سوري ، ٤٧٠ وما بعدها أردني ، ٥٢٤ عراقي .

مدى حرية المشتري في قبول أو رفض المبيع بعد التجربة :

بـناءاً على نص المادة ٤٢١ مدني فإنه يجوز للمشتري في خلال المدة المحـددة حـرية القبول أو الرفض للشيء المبيع حيث لا يجوز للبائع أن يطلب تعييـن خبير ليثبت ملائمة المبيع للغرض الذي أعده المشتري لـه ولذلك تقول المذكرة الإيضاحية للقانوني المدني المصري ٠

[للمشـتري حـرية القبول أو الرفض فهو وحده الذي يتحكم في نتيجة التجربة ٠٠ فإن من المفروض أن يكون المبيع من الأشياء التي يتطلب فيها أن تناسب المشتري مناسبة شخصية فهو وحده الذي يستطيع أن يقرر ذلك] (١) .

وبهـذا أخـذ القانون المدني الكويتي حيث ينص على أنه يجوز اشتراط التجربة ٠٠٠ في مدة معلومة لقبول البيع أو رفضه ٠

وكذلـك القانون الأردني الذي ينص في المادة ٤٧١ / ١ على أنه يجوز للمشتري في مدة التجربة إجازة البيع أو رفضه ولو لم يجرب المبيع ويشترط في حالـة الـرفض إعـلام البائع ٠ وأيضا قرر المشرع الليبي في المادة ٤١٠ من القـانون المدنـي إعطاء المشتري مطلق الحرية في قبول المبيع أو رفضه بعد التجربة ٠ فالمشتري وحده هو الذي يتحكم في نتيجة التجربة بالقبول أو الرفض لأن قـبول المشـتري للمبيع في البيع بشرط التجربة يتوقف على مدة صلاحية المـبيع واستجابته لحاجة المشتري شخصيا ٠ ومن ثم يكون وحده الذي يستطيع أن يقـرر ذلك فالعبرة إذا ليست بصلاحية المبيع في ذاته بل العبرة بملائمة هذا المبيع للمشتري ٠

مثل الشخص الذي يشترى سيارة مستعملة بشرط التجربة ٠ فربما تكون هـذه السـيارة صالحة في ذاتها للاستعمال العادي إلا أن هذا الاستعمال لا يلائم المشتري الذي يتطلب عمله السير بها إلى مسافات طويلة ٠ وليس هناك ما يمنع قانونـا من استعانة المشتري بأهل الخبرة للتأكد من مدة صلاحية المبيع للغرض

---

(١) مجموعة الأعمال التحضرية ج ٤ ، ص ٢٦ ٠

المقصود كالآلات الميكانيكية والسيارات المستعملة • ولا يجوز للبائع أن يعترض على رفض المشتري إلا في حالة ما لو اتفق المتعاقدان صراحة في عقد البيع على أن المقصود من التجربة هو أن يكون الشيء صالحا في ذاته للأغراض المقصودة منه ، لا مناسبة الشيء لحاجة المشتري الشخصية ، ففي هذه الحالة يجوز للبائع أن يعترض على رفض المشتري للمبيع وله أن يستعين بأهل الخبرة لإثبات صلاحية المبيع للاستعمال العادي الذي أعد من أجله ، فالعبرة في معرفة المقصود من التجربة هي بقصد المتعاقدين الصريح المتفق عليه صراحة في عقد البيع • وإذا ثار الشك في قصدهما فالمفروض نظرا لعبارة النص أن يكون المقصود من التجربة مناسبة المبيع لحاجة المشتري الشخصية ، ويكون له الحرية المطلقة في القبول أو الرفض [١] •

ولم يشترط القانون شكلا خاصا لإعلان المشتري القبول أو الرفض حيث يجوز بكافة الطرق ويستحسن أن يوفر من له المصلحة فيه الدليل عليه ولكن هل للمشتري الحرية في قبول المبيع أو رفضه دون إبداء أسباب ؟

أجاب عن ذلك : الأستاذ الدكتور / عبد الناصر العطار – بقوله [الراجح في ظل أحكام القانون المدني الحالي أنه إذا تبين من اتفاق المتابعين أو من ظروف التعاقد وطبيعة المبيع أن الغرض من التجربة هو مجرد صلاحية المبيع للغرض المعدله عادة كان للبائع أن يطعن في رفض المشتري للمبيع وللقاضي أن يحيل الأمر على أهل الخبرة بحيث إذا ثبت أن المبيع صالح للغرض المعدله عادة جاز إلزام المشتري بالبيع ، أما إذا تبين أن الغرض المقصود من التجربة

---

(١) انظر : د • خميس خضر – عقد البيع في القانون المدني ص ٦٢ ، د • إبراهيم أبو النجا : ص ٥٦ – ٥٧ ، انظر : د • جميل الشرقاوي – شرح العقود المدنية ص ٥٨ – ٦٠ ، انظر د • عبد السميع أبو الخير – الوجيز في شرح أحكام عقد البيع ص ٥٧ ، انظر د • عبد الناصر العطار – البداية في شرح أحكام البيع ص ٤٩ – ٥٠ •

هـو مـدى صلاحية المبيع لحاجة المشتري الشخصية أو علق المتبايعان البيع صراحة على مجرد مشيئة المشتري أو قام شك حول المقصود من التجربة كان للمشتري مطلق الحرية في قبول المبيع أو رفضه بمجرد قوله ولم يكن للبائع أن يطعـن فـي هذا الرفض ، ومن الواضح أن هذا الحل نظري وإذا طبـق عمليا جـلب الكـثير من المتاعب ، ولهذا اتجه مشروع قانون المعاملات المدنية إلى تخويل المشتري رفض المبيع في جميع الحالات فنص المادة ٣٨٦ / ١ منه على أنـه " فـي الـبيع بشرط التجربة أو المذاق يجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفضـه " (١) .

---

(١) انظر : المرجع السابق د ٠ عبد الناصر العطار ص ٥٠ .

التكييف الشرعي والقانوني للبيع بشرط التجربة :

البيع بشرط التجربة : بيع صحيح توافرت أركانه وشروطه ، إلا أنه اقترن بشرط من شروط الخيار والتروي وهو شرط التجربة .

ولذلك يرى الفقه الإسلامي أن هذا العقد يسرى عليه أحكام العقد المقترن بخيار الشرط فهو عقد صحيح وموجود ونافذ لكنه معلق على شرط فاسخ أي يجوز فسخه ، فهو عقد منتج لآثاره إلا أنه غير لازم أي أن هناك حق لمن استفاد بشرط التجربة أن يفسخ العقد بإرادته المنفردة ، وإن وافق وأمضاه كان العقد قائما منذ لحظة إبرام العقد (1) .

أما القانون الوضعي المصري جعل البيع بشرط التجربة معلقا على شرط واقف هو قبول المبيع .

حيث نصت المادة ٤٢١ / ٢ مدني مصري على أنه [يعتبر البيع بشرط التجربة معلقا على شرط واقف هو قبول المبيع ، إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ] .

فالمشرع المصري في هذه المادة يقرر أن هذا البيع هو في الأصل بيع معلق على شرط واقف ، ولكن يجوز أن يكون معلقا على شرط فاسخ إذا اتفق على ذلك صراحة أو ضمنا (2) .

ويقول الأستاذ الدكتور/ عبد المنعم البدراوي [والواقع أن طبيعة البيع بشرط التجربة لا تخرج عن أحد أمور ثلاثة :

الأمر الأول : ربما يقال إن البيع مع شرط التجربة يترك المشتري حرا في أن يشتري أو لا يشتري بمعنى أنه لا يتقيد بالشراء ولو حتى تحت شرط .. ووفقا لهذه المقولة فإن البيع لا ينعقد ولو تحت شرط وإنما نحن نكون بصدد وعد

---

(1) د . محمد نجيب عوضين – الوجيز في المعاملات الشرعية ص ٨٠ .

(2) د . عبد المنعم البدراوي – البيع والإيجار ص ١٦٧ .

بالـــبيع مـــن جانب البائع وبهذا يختلط البيع بشرط التجربة مع البيع بالمذاق في القانون المصري .

الأمـــر الـــثاني : أن الـــبيع مع شرط التجربة هو بيع موجود منذ اتفاق الطـــرفين وحتى قبل ظهور نتيجة التجربة ولكنه ليس بيعا باتا بل هو بيع معلق على شرط وفي هذه الحالة طبيعته تختلف حسب طبيعة الشرط :

أ – إذا كان الشرط المقترن بالبيع شرطا فاسخا وهو عدم ملائمة الشيء للمشتري بعد التجربة .

فالـــبيع فـــي هذه الحالة يرتب جميع آثاره فورا حيث تنتقل الملكية إلى المشـــتري وتقـــع عليه تبعة هلاك الشيء حتى قبل ظهور نتيجة التجربة ويلتزم بدفع الثمن . وفي حالة تحقق الشرط وهو عدم موافقة الشيء للمشتري أن فسخ البيع بأثر رجعي .

ب – أمـــا إذا كان البيع مقترنا بشرط واقف وهو ظهور ملائمة الشيء للمشتري بعد التجربة فالعقد في هذه الحالة ينعقد أيضا في الحال ولكن لا يترتب عليه شيء من آثاره إلا إذا تحقق الشرط فتترتب عليه آثاره بأثر رجعي أي من تاريخ انعقاد البيع] .

وقـــد اختار المشرع المصري ما ذكرته المادة ٤٢١ من أن البيع بشرط التجربة بيعا معلقا على شرط واقف إلا إذا تبين من اتفاق المتعاقدين أنهم أرادا أن يكـــون الـــبيع تحـــت شرط فاسخ تترتب عليه آثاره منذ إنعقاده وينفسخ بأثر رجعي إذا تحقق الشرط وهو عدم نجاح التجربة [١] .

---

(١) د . عبد المنعم البداروي ص ١٦٨ ، د . عبد الناصر العطار ص ٥٠ – ٥١ ، د . محمـــد على عمران : الوجيز في شرح أحكام عقد البيع ص ٧٢ ، د . سمير تناغو ص ٨٨ –٨٩ ، د . عـــبد السميع أبو الخير ص ٥٦ – ٥٧ ، د . جميل الشرقاوي ص ٦٠ ، د . الســـنهوري فقرة ٧٠ – ٧١ ، الوسيط في شرح القانون المدني ج ٤ عقد البيع ، د . خميس خضر ص ٦٠ .

الفرق بين الوعد بالبيع وبين البيع المعلق على شرط :

مما سبق يتبين لنا بأن هناك فرقا كبيرا بينهما حيث أن المستفيد من الوعد لا يلتزم بشيء لأنه يحتفظ بحريته كاملة في قبول التعاقد أو رفضه ، بل يستطيع رفضه حتى ولو كان الشيء المبيع ملائما له . أما البيع المعلق على شرط فهو بيع موجود التزم فيه المشتري بالشراء والتزم البائع فيه بالبيع إلا أن آثار البيع قد علقت على شرط مما يترتب على ذلك أنه لا يجوز للمشتري أن يرفض التنفيذ إذا راقه الشيء بل هو يلتزم به ويجبر عليه وهذا عند تحقق الشرط .

وبهذا أخذ قانون التجارة الكويتي في المادة ٣٧٩ التي تنص على أنه يعتبر البيع بشرط التجربة معلقا على شرط واقف هو قبول المبيع إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ إلا أن القانون المدني الكويتي لم ينص في المادة ٤٥٨ على هذه الفقرة وأيضا القانون الليبي نص في المادة ٢٥٥ من القانون المدني على أنه إذا كان الالتزام معلقا على شرط واقف فلا يكون نافذا إلا إذا تحقق الشرط .

وفي المادة ٢٥٦ مدني ليبي نص على أنه يترتب على تحقق الشرط الفاسخ زوال الالتزام . إلا أن قانون المعاملات المدنية الإماراتي قد وافق الفقه الإسلامي في تكييف العقد المقترن بشرط التجربة حيث نص على أنه بيع معلق على شرط فاسخ هو شرط الخيار وجعل أحكامه تسرى منذ انعقاده (المادة ٤٩٧) .

الآثار أو الأحكام المترتبة على البيع بشرط التجربة :

إذا انعقــد البيع بهذه الصفة صحيحا لتوافر أركانه وشروطه ترتبت عليه آثاره نذكر أهمها فيما يلي :

١ - أوجــب المشــرع عــلى البائع في البيع بشرط التجربة أن يمكن المشتري من القيام بتجربة الشيء المبيع في المدة المحددة بالاتفاق بينهما أو المدة المعتادة عند الاتفاق عليها ٠

وإذا لم يمكنه من التجربة في هذه الفترة لجأ المشتري إلى القضاء لإجبار البائع على ذلك ٠ وبهذا أخذت القوانين العربية ٠

٢ - إن الآثــار تختلف باختلاف طبيعة البيع بشرط التجربة ولذلك يقول الأســتاذ الدكــتور/ عبد الناصر العطار [إذا كان بيع التجربة معلقا على شرط واقــف هو قبول المشتري للمبيع بعد تجربته ظل البائع مالكا للمبيع خلال فترة الــتجربة ولم يلتزم البائع نحو المشتري بشيء من التزامات البائع إلا عند تحقق هذا الشرط ٠٠٠٠ فإذا تحقق الشرط الواقف كان المشتري مالكا للمبيع من وقت العقــد بأثــر رجعي ، أما إذا لم يتحقق الشرط بأن رفض المشتري المبيع خلال فترة التجربة لم ينعقد البيع ٠

وإذا كــانت الــتجربة شرطا فاسخا في البيع فإننا نكون بصدد عقد بيع يرتب كافة الالتزامات على كل من البائع والمشتري ويعتبر المشتري مالكا للمبيع على شرط فاسخ هو عدم قبوله المبيع وإعلان البائع برفضه ، فإن تحقق الشرط الفاســخ زالت ملكية المشتري للمبيع بأثر رجعي منذ إبرام العقد واستقرت ملكية الــبائع للمــبيع ، وإن لــم يتحقق الشرط بأن قبل المشتري المبيع أو سكت حتى مضــت فــترة التجربة مع تمكنه منها استقرت الملكية للمشتري منذ تاريخ البيع وذلك مع مراعاة قواعد التسجيل إن كانت لازمة ٠

٣ – إذا رتب البائع أو المشتري حقوقا عينية على المبيع أثناء فترة التجربة وقبل إعلان المشتري للقبول أو الرفض ثم استقرت الملكية لأحدهما من وقت العقد فإن الحقوق التي رتبها الآخر على المبيع أثناء فترة التجربة تزول بأثر رجعي وتستقر الحقوق الأخرى التي رتبها من استقرت الملكية له [١] .

---

(١) د . عبد الناصر العطار – المصدر السابق ص ٥٠ – ٥١ .

تبعة هلاك المبيع في فترة التجربة :

اختلف الفقهاء فيمن يتحمل تبعة هلاك محل خيار الشرط [البيع بشرط التجربة في مدة معلومة أو معتادة] .

حيث ذكر الحنفية في هذه المسألة عدة صور وفرقوا بينها في الحكم[١].

١ - من هذه الصور ما لو كان الخيار للبائع - وبالأولى إذا كان له وللمشتري - وهلك محل الخيار بيد البائع قبل القبض فالضمان على البائع بالاتفاق بين أبي حنيفة وصاحبيه ، لأنه لم يخرج عن ملكه اتفاقا .

٢ - أما إذا هلك محل الخيار في يد المشتري بعد القبض وبعد انقضاء الخيار فالضمان منه ، لأنه غدا بانقضاء الخيار بيعا مطلقا .

٣ - وإذا كان الخيار للبائع وقد قبض المشتري محل الخيار فهلك في يد المشتري خلال مدة الخيار فالضمان على المشتري ، لأن البيع قد انفسخ بهلاك المحل إذ كان موقوفا ، لأجل خيار البائع ، ولا نفاذ للموقوف إذا هلك المحل ، فبقي في يد المشتري مقبوضا على جهة العقد " أي المعاوضة " ، لا على وجه الأمانة المحضة كالإيداع والإعارة لأن البائع لم يرض بقبض المشتري له إلا على جهة العقد .

٤ - أما إذا كان الخيار للمشتري وقد قبض محل الخيار فهلك في يده ، فالضمان منه .. ولكن الضمان هنا بالثمن لا بالقيمة كما في الصورة السابقة [٢] .

أما لدى المالكية فالضمان متعلق بالملك الذي جعلوه ثابتا مطلقا للبائع ، فالضمان عليه إلا في استثناءات يدعو إليها إعواز المشتري الدليل على حسن

---

(١) انظر عرض هذه المسائل في الموسوعة ص ٩٦ مصطلح [خيار الشرط] .

(٢) انظر تفصيل ذلك في البدائع ٥/ ٢٧٢ ، فتح القدير ٥ / ٤٠٥ - ٥٠٦ .

نيــته وعدم تفريطه . فإذا قبض المشتري محل الخيار فالضمان على البائع ، إذ هو أقدم ملكا ، فلا ينتقل الضمان عنه إلا بتمام انتقال ملكه [١] .

وذهــب الشافعية إلى أنه لو تلف المبيع بآفة سماوية بعد القبض والخيار للبائع وحده ، انفسخ البيع ، لأنه ينفسخ بذلك عند بقاء يده ، فعند بقاء ملكه أولى، ولأن نقل الملك بعد التلف لا يمكن [٢] .

وجعل الحنابلة الملك للمشتري ، حيث ذهبوا إلى أن ضمان محل الخيار عــلى المشتري لأنه ملكه ، وغلته له فكان من ضمانه كما بعد انقضاء الخيار ، ومئونــته عــليه [٣] . وهــذا على إطلاقه (قبل القبض أو بعده) إذا كان محل الخيار من غير المكيل أو الموزون ونحوهما كالمعدود والمذروع ، شريطة أن لا يكون عدم القبض ناشئا من منع البائع .

أمــا إذا كــان محــل الخيار من المكيل أو الموزون ونحوهما فلابد من القبض ليكون ضمانه على المشتري ، فإن كان القبض لم يحصل فالضمان حينئذ عــلى البائع . وقبض كل شيء بحسبه ، والمراد بالقبض في المكيل والموزون هو اكتياله أو وزنه ، وليس مجرد التخلية كما هو عند الحنفية ، فبالاكتيال يعرف هل وصل إلى المشتري حقه كاملا أم نقص منه أو زاد عنه .

ويرى بعض الفقهاء المعاصرين [٤] أن الفقه الإسلامي رتب تبعة الهلاك فــي هــذه الحالة " البيع بشرط التجربة " وفقا لقواعد تحمل التبعة عموما وهو مــا اســتقر عــليه العمل برأي الأحناف أن ضمان المبيع تابع للالتزام بتسليمه

---

(١) حاشــية الدســوقي ٣ / ١٠٤ ، المواق على خليل ٤ / ٤٢٢ ، الخرشي على خليل ٤ / ٣٠ .

(٢) انظر التفصيل في شرح الروضة ٢ / ٥٤ .

(٣) المغني لابن قدامة ٣ / ١٥٣ ، ٤ / ٢١٩ ، ٢٢٠ ، كشاف القناع ٣ / ٢٤٦ ، مشار إليهما في الموسوعة ص ٩٩ جـ ٢٠ .

(٤) د . محمد نجيب عوضين - المرجع السابق ص ٨١ .

خلافـــا لـــرأي الجمهور – ورأي الأحناف هو المعمول به في قانون المعاملات الإماراتـــي ٠

وبـــناء عـــليه إذا هلك المبيع بيد المشتري خلال التجربة مادام قد تسلمه وبدأ في تجربته سواء هلك بيده أم قضاء وقدرا وسواء قبل أن يشرع في التجربة أو خلالها فالتبعة عليه – ويلزم أداء الثمن المتفق عليه – ويصير العقد لازما ٠ إلا إذا كـــان الـــبيع قد هلك بسبب البائع بعد التسليم بعيب خفي من عنده أو بيده فتسرى القواعد العامة في الضمان ٠

أمـــا لو هلك المبيع في البيع المشروط فيه التجربة بيد البائع قبل تسلمه منه فالضمان على البائع (١) ٠

موقف الفقه الوضعي :

إن الأمـــر يختـــلف باخـــتلاف طبيعة البيع بشرط التجربة فإذا اعتبرنا الـــتجربة شرطا واقفا – وهذا هو الأصل – وهلك الشيء المبيع بسبب أجنبي – وهو لا يزال تحت التجربة وقبل تبيان مصيرها – هلك على البائع ، لأن البائع هـــو المـــالك للمبيع تحت شرط فاسخ ، ولو سلمنا جد لا بتحقق هذا الشرط وهو أمر متعذر في هذه الحالة فإن المشتري لن يقبل المبيع بعد هلاكه ، فيبقى المالك وقت هلاك المبيع هو البائع لا المشتري فيهلك على البائع ٠

فالهلاك هنا بمثابة رفض لقبول المبيع ويكون الشرط الواقف قد تخلف ، ويهـــلك المـــبيع عـــلى مالكه الوحيد وهو البائع ٠ ولا يحتج على ذلك بأن تبعة الهلاك مرتبطة بالتسليم ، وأن المشتري قد تسلم المبيع لتجربته فتكون عليه تبعة هلاكـــه ، لأن هـــذه القـــاعدة لا تسرى إلا على البيع المنجز ، وليس على البيع

---

(١) انظر المادة ٤٩٦ معاملات إماراتي المأخوذه من الفقه الإسلامي (المذهب الحنفي) والتي رتبت تحمل التبعة على التسليم ٠

المعلق على شرط كما هو الشأن في البيع بشرط التجربة [١] .

وأما إذا اعتبرنا شرط التجربة شرطا فاسخا على خلاف الأصل فإنه يترتب على البيع في هذه الحالة أن المشتري يعتبر مالكا للشيء ملكية معلقة على شرط فاسخ . هو عدم قبوله للمبيع وإعلان ذلك للبائع في الوقت المحدد . والبائع في هذه الحالة يعتبر مالكا ملكية معلقة على شرط واقف - عدم قبول المشتري للمبيع وإعلان ذلك للبائع .

وفي هذه الحالة - لو هلك الشيء المبيع لسبب أجنبي وهو تحت التجربة فإن الذي يتحمل تبعة هلاكه هو المشتري ، لأن البيع نافذ من إبرامه فكان مالكا لهذا الشيء وقت هلاكه ، حتى ولو تحقق الشرط الفاسخ بعد ذلك حيث لا أثر لتحققه . وفقا للمادة ٢٧٠ / ٢ مدني التي لا تجعل لتحقق الشرط الفاسخ أثر رجعي إذا أصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن لسبب أجنبي لايد للمدين فيه [٢] .

وقد أخذ القانون المدني الأردني بما أخذ به القانون الإماراتي - وهو أن أساس المسئولية عن الهلاك التسليم فهي تدور معه وجودا أو عدما حيث تنص المادة [٤٧٢ أردني] على أنه [إذا هلك المبيع في يد المشتري بعد تسلمه لزمه أداء الثمن المسمى للبائع وإذا هلك قبل التسليم بسبب لايد للمشتري فيه يكون مضمونا على البائع] . ويمكن ذلك بسبب من المشتري يعتبر متسلما له .

---

(١) د . عبد الرازق السنهوري - عقد البيع جـ ٤ ص ١٣٥ ، د . سمير تناغو - عقد البيع ص ٩٠ .

(٢) د . سمير تناغو ص ٩١ ، د . السنهوري ص ١٣٦ - ١٣٧ ، د . عبد الناصر العطار ص ٥١ مع مراعاة قواعد التسجيل ، د . سليمان مرقس - عقد البيع ص ٦٣ ، د . توفيق فرج ص ١٩٣ ، د . إبراهيم أبو النجا ص ٥٩ ، د . محمد على عمران ص ٧٦ ، ٧٧ .

ونص على أنه [يسرى حكم البيع بعد التجربة والرضا بالمبيع من تاريخ البيع] م ٤٧٣ أردني ، وليس من انتهاء تاريخ التجربة ٠

طبيعة استعمال الشيء المبيع تحت التجربة :

إن اســتعمال المشتري للشيء المبيع في مدة التجربة لابد أن يكون متفقا مع طبيعة هذا الشيء والفرض الذي أعد له ، وأن يكون في حدود العرف حسب طــبيعة الشيء المبيع فإن تخطى وتجاوز المألوف والمتعارف عليه وحمله ما لا يطيق وتعسف في استعماله بحجة أنه بصدد التجربة المشروطة حتى يتحقق من مدى ملاءمته وصلاحيته لزم العقد وصار نهائيا واجب الوفاء وهذا ما اتفق عليه الفقهــاء حمايــة للــبائع من الضرر ومنعا للمشتري من الغلو في استعمال هذا الحــق ٠

مثل السيارة التي تحتاج إلى السير بها عدة كيلوات للتحقق من صلاحيتها إلا أنــه ســافر بها إلى مكان بعيد لقضاء رحلة أو لغرض تحقيق مصلحة وليس بغرض التجربة ٠

وكذلــك الفــرس المعــد للسباق والذي أخذه المشتري لمعرفة أوصافه وخصــاله فحمله أثقالا يئن من حملها فإنه والحالة هذه يلزمه البيع حتى ولو لــم يهلك [١] ٠

وهذا ما أخذ به قانون المعاملات الإماراتي وفقا للمادة ٥٠٠ مدني ٠

وأيضا نص على ذلك القانون المدني الأردني في المادة ٤٧٦ التي تقول [لا يجوز للمشتري أن يستعمل المبيع في مدة التجربة إلا بقدر ما تتطلبه التجربة عــلى الوجه المتعارف عليه فإن زاد في الاستعمال زيادة لا يقصد منها التجربة لزم البيع] ٠

---

(١) د ٠ محمد نجيب ص ٨٢ ٠

إذاً اســتعمال المشتري للمبيع لابد أن يكون على الوجه المتعارف عليه وفــي نطاق المدة وما تتطلبه التجربة فإن تجاوز في الاستعمال نطاقه أي تجاوز مقتضيات التجربة لزمه البيع [١] بسبب هذا التجاوز في استعماله .

وليــس هناك ما يمنع قانونا من استعانة المشتري بأهل الخبرة للتأكد من مــدى صلاحية الشيء المبيع للغرض المقصود إذا كان المبيع من الأشياء التي تتطــلب خــبرة فنية للتأكد من مدى صلاحيتها لهذا الغرض[٢]مثل شراء الآلات الميكانيكية أو السيارات المستعملة أو الآلات الكهربائية .

والمشــرع المصــري لــم ينص في القانون المدني كغيره من القوانين العــربية الأخــرى عــلى مــا يفهــم مــنه حول طبيعة استعمال الشيء المبيع بشــرط التجربة ولكن ليس هناك ما يمنع من الاستعانة بالنصوص الموجودة في القــانون الإماراتي والقانون الأردني لأنها لا تتعارض مع غيرها من نصوص أخرى ولا تتعارض مع العقل والمنطق ولا المبادئ العامة للشريعة الإسلامية أو القواعــد الكــلية للفقه الإسلامي التي تنص على أنه [لا ضرر ولا ضرار في الإســلام] .

نتاج الشيء المبيع خلال مدة التجربة :

اختلف الفقهاء في نتاج المبيع أو غلته هل من حق المشتري أو من حق البائع خلال هذه المدة [٣] .

١ - يــرى الحــنفية بــأن الزوائد التي قد تطرأ على المبيع تتنوع إلى عدة أنــواع هي :

---

(١) د . آدم وهيــب النداوي - العقود المسماه في القانون المدني - البيع والإيجار ص ٣٧ .

(٢) د . إبراهيم أبو النجا ص ٥٧ .

(٣) انظر التفصيل في الموسوعة جـــ ٢٠ ص ٩٩ وما بعدها .

أ – الزيادة المتصلة المتولدة ، كالسمن في الحيوان وزيادة وزنه والبرء من داء كان فيه ، والنضج في الثمر ، والحمل الذي يحدث زمن الخيار .

ب – الزيادة المتصلة غير المتولدة من الأصل : مثل الصبغ والخياطة والبناء في الأرض والغرس فيها .

جـ – الزيادة المنفصلة المتولدة من الأصل :

مثل الولد ، والثمر واللبن والبيض ، والصوف .

د الزيادة المنفصلة غير المتولدة من الأصل :

مثل : غلة المأجور ، وأرش الجناية على عضو من الحيوان ، والعقر وهو ما يعتبر مهرا للوطء بشبهة (١) .

وقد ذهب الحنفية : إلى أن الأصل في الزيادة أنها تمنع الرد ويسري ذلك على جميع أنواعها سوى الزيادة المنفصلة غير المتولدة اتفاقا ، والزيادة المتصلة المتولدة على خلاف .

فحيث يمتنع الرد ينبرم العقد ويلزم ، وتكون الزوائد مطلقا للمشتري الذي صار إليه ملك الأصل (٢) .

أما المالكية الذين قالوا : بأن الملك في الأصل – زمن الخيار – يظل للبائع حتى يستعمل صاحب الخيار خياره . ويترتب على هذا أن الزوائد كلها تكون من حق البائع . ما عدا الولد والصوف . فإنها تكون للمشتري (٣) .

وقد صرح الشافعية بأنه لو حصلت زوائد منفصلة في زمن الخيار كاللبن والبيض والثمر ، فهي لمن له الملك وهو من انفرد بالخيار ، فإن كان الخيار لهما فهي موقوفه كحكم البيع نفسه فإن فسخ البيع فهي للبائع وإلا فللمشتري .

أما الزوائد المتصلة فتابعة للأصل .

---

(١) البدائع ٥ / ٢٧٠ .

(٢) البحر الرائق ١٦ / ١٥ .

(٣) حاشية الدسوقي ٣ / ١٠٣ .

وعند الحنابلة : الزوائد للمشتري سواء أكانت متصلة أو منفصلة كالكسب والأجرة ، بل لو كانت نماء منفصلا متولدا من عين المبيع كالثمرة والولد واللبن ، والحكم كذلك ولو كان المبيع في يد البائع قبل القبض .

وقد استدل بن قدامة للمذهب بحديث [الخراج بالضمان [1] . وهذا من ضمان المشتري . واستدل له أيضا بانتقال الملك إلى المشتري ، أي فهي تتبعه في الانتقال [2] .

ومما سبق عرضه يتبين لنا بأن البيع خلال التجربة عقد صحيح لا ينقصه إلا اللزوم لما فيه من شرط التجربة [شرط خيار] .

والسؤال المطروح أمام الفقهاء القدامى والمعاصرين هل الخيار ومثله شرط التجربة يحولان من ترتيب العقد لآثاره أم لا ؟؟

فذهب الحنفية والمالكية إلى أنهما يحولان من ترتيب العقد لآثاره فتبقى ملكية المبيع وغلاله للبائع والثمن مملوكا للمشتري بالرغم من انعقاد العقد وصحته .

وذهب الشافعية والحنابلة إلى أنهما لا يحولان دون ترتيب العقد لآثاره خلال زمن التجربة أو الخيار فيكون المبيع ملكا للمشتري والثمن ملكا للبائع حتى قبل الرد .

وبناء على ذلك فمن ذهب إلى ترتيب الآثار جعل غلال المبيع خلال التجربة للمشتري ونفقته عليه - فإن جاء الرد بالرفض طبقت قواعد الغرم بالغنم فتكون الثمار في مقابلة الإنفاق فإن زادت ردت الزيادة ، وإن كانت الزيادة جزء من المبيع ومتولدة عنه كولد الدابة ردت معه . وعكس ذلك إن جاءت التجربة بالموافقة .

---

(١) أخرجه أبو داود ٣ / ٧٨٠ .

(٢) كشاف القناع ٣ / ٢٠٧ - ٢٠٨ .

ومــن لا يرتبون أثرا خلال الخيار والتجربة يجعلون كل ذلك للبائع فإن جاءت بالموافقة كانت للمشتري [١] .

إلا أن القوانين الوضعية لم تبين بشأن هذه المسألة ما تعرض لــه الفقه الإســلامي فــي بيان حكم النتاج أو الغلة للشيء المبيع تحت التجربة خلال فترة التجربة .

ولكن هذا لا يمنع من سريان القواعد العامة والخاصة بمدة خيار الشرط فــي القوانيــن الوضــعية . وعلى المشرع أن يراعي هذه المسائل ويضع لها نصوصا خاصة تحكمها حتى تكتمل أحكام البيع بشرط التجربة ولقد أحسن صنعا المشــرع الإمــاراتي والأردنــي والعــراقي لوضع نصوص عديدة تتعلق بهذا المــوضوع .

من له حق التجربة خلال المدة المتفق عليها :

ذهب جمهور الفقهاء إلى تعيين مستحق الخيار أو صاحب الخيار : وهو الشــخص الذي يكون إليه استعمال الخيار وممارسته سواء أكان هو مشترطه أو خــول إليه من العاقد الآخر وسواء أكان طرفا في العقد أم كان أجنبيا عنه ، ولا يصح تطرق الجهالة إلى مستحق الخيار ، فلو اتفق العاقدان على أن يكون الخيار لأحدهما لا بعينه ، ولم يبينا هل هو البائع أم المشتري ، أو تعاقدا على أن يكون الخيــار لشخص ما يعينه أحدهما فيما بعد ، أو لمن يشاء أحدهما ، فهذا كله فيه جهالة مفضية للنزاع .

ولــذا صــرح ابــن قدامة في المغني بأنه لا يصح ، لأنه مجهول ولأنه يفضي إلى التنازع .

إذا لابــد مــن تعيينــه تعيينا مشخصا أهو للبائع أو للمشتري ؟ وأيضا يعينــه تعيينا ذاتيا إن كان أجنبيا عن العقد وعدم الاكتفاء بذكر الصفة مثل كون

---

(١) د . محمد نجيب عوضين ص ٨٢ " مصير غلة المبيع في مدة التجربة " .

الخيـــار لأحد التجار أو الخبراء دون تحديد [١] .

والعقــود التي يمكن فيها وقوع خيار الشرط هي العقود اللازمة ، القابلة للفســخ ، والــبيع هو المجال الأساسي لخيار الشرط ، وجريان الخيار في البيع اتفاقي ، لأنه هو العقد الذي وردت فيه أخبار مشروعيته ، والبيع عقد لازم قابل للفسخ بطريق الإقالة فهو يقبل الفسخ بخيار الشرط [٢] .

وذهب جمهور الفقهاء إلى أن خيار الشرط يصح اشتراطه لأي واحد من المتعاقدين أو لكليهما [البائع والمشتري] .

وروي عن سفيان الثوري وابن شبرمه من أنه يختص بالمشتري ، وليس للبائع أن يشترطه لنفسه فإذا اشترطه البائع فسد العقد [٣] .

واتفــق الفقهـــاء على صحة اشتراط الخيار لأجنبي عن العقد سواء وقع الاشـــتراط من العاقدين أو من أحدهما ، على أن يكون المجهول له الخيار ممن يجــوز قولــه وإلا بطل الخيار [٤] . ويعتبر الأجنبي هنا بمثابة وكيل عن غيره يقتضي ثبوت الخيار لنفسه ، فالخيار للعاقد والأجنبي معا .

وهــذا مـــا ذهب إليه الحنفية ، والمالكية ، والحنابلة والخيار يثبت للعاقد المشـــترط الخيار لنفسه مهما كانت صفة العاقد سواء أكان مالكا للمعقود عليه أم وصيا يعقد لمصلحة الموصي عليه . أم وليا لمصلحة المولى عليه ، أم كان بعقد الوكالة .

---

(١) المغـــني لابن قدامة ٣ / ٤٩٩ ، وقال الإمام النووي : لو شرط الخيار لأحدهما دون الآخر ففي صحة البيع قولان : الأصح : الصحة . المجموع ٩ / ٢٠٧ .

(٢) الهداية ٥ / ٣٦٧ ، الموسوعة جـــ ٢ ص ٨٨ فـــ ٢٢ ، ٢٣ .

(٣) المغني ٣ / ٥٢٤ ، فتح القدير ٥ / ٥٠٠ .

(٤) البدائع ٥ / ١٧٤ ، بداية المجتهد ٢ / ٢١٢ ، مغني المحتاج ٢ / ٤٦ .

ويرى الفقه الوضعي :

إنــه على البائع أن يمكن المشتري من تجربة المبيع بنفسه أو بمن يرى المشــتري الاســتعانة بهــم فــي التجربة وشروط التجربة قد يتفق عليها البائع مــع المشــتري ولا يوجد ما يمنع من إتمام التجربة بحضور البائع أو في غيابه ولو بعيدا عنه [١] . فليس من الضروري أن تكون التجربة بمحضر من البائع ، حيــث يجــوز أن يجــرب المشــتري المبيع للاستيثاق من صلاحيته بعيدا عن البائـــــع [٢] .

فالأصــل أن وجود البائع غير لازم للقيام بالتجربة ما لم يوجد عرف أو اتفاق على خلاف ذلك [٣] .

إذاً التجربة في القانون المدني من حق المشتري أو من ينوب عنه حتى يتمكن من صلاحية الشيء المبيع في المدة المحددة .

العوارض التي من المحتمل أن تصيب المشتري خلال مدة التجربة :

لــم يــنص عليها القانون المدني المصري أو القانون الكويتي وغيرهما من القوانين العربية حيث تركها المشرع للقواعد العامة في القانون المدني بشأن هــذه المســألة وخاصة فقد أهلية المشتري المجرب قبل إعلان رأيه بالقبول أو الرفــض .

أو موته قبل الاختبار في التجربة . أما القانون الأردني فقد عالج هاتين الحالتين التاليتين : وهما :

الحالة الأولى : فقد أهلية المشتري :

حيــث نصت المادة ٤٧٤ مدني أردني على أنـــه : (إذا فقد المشتري

---

(١) د . عبد الناصر العطار ص ٤٩ ، د . توفيق فرج ص ١٧٢ .

(٢) د . عبد الرزاق السنهوري جـ ٤ ص ١٣١ .

(٣) د . سمير تناغو – هامش ص ٨٦ .

أهليته قبل أن يجيز البيع – أي خلال مدة التجربة – وجب على الولي أو الوصي أو القيم اختيار ما هو في صالحه) ، أي أن هناك أمرا واجبا على الولي أو الوصي أو القيم ، ألا وهو اختيار ما في صالح المشتري فاقد الأهلية ؛ لأن التجربة وضعت لصالحه .

الحالة الثانية : موت المشتري :

حيث أجاز القانون المدني الأردني انتقال حق التجربة إلى دائن المتوفى أو إلى ورثته . وفقا للمادة ٤٧٥ التي تنص على أنه (إذا مات المشتري قبل اختياره وكان له دائن أحاط دينه بماله انتقل حق التجربة له، وإلا انتقل هذا الحق للورثة ، فإن اتفقوا على إجازة البيع أورده لزم ما اتفقوا عليه . وإن أجاز البعض ورد الآخر لزم الرد .

ويقول الأستاذ الدكتور / أدم وهيب النداوي – { ويتبين من هذا النص أمور ثلاثة " :

١ – إن هذا الحق ينتقل إلى الدائن أو للورثة .

٢ – عند اتفاق الورثة على إجازة البيع يلزم البيع .

٣ – عند اختلاف الورثة على إجازة البيع يلزم الرد .

ولم يأخذ القانون في الاعتبار عدد الموافقين والمخالفين مطلقا فليس هناك تصويب وحساب آراء الموافقين أو المعارضين }[1] .

وبهذا أخذ القانون المدني (المعاملات) الإماراتي في المادة ٤٩٨ – حيث ذهب إلى أن خيار التجربة ينتقل في حالة فقد المجرب لأهليته إلى من يليه من ولي أو وصي أو قيم أخذا برأي جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة خلافا للحنفية المانعين لذلك .

---

(١) انظر : شرح القانون المدني – العقود المسماة ص ٣٧ ، ٣٨ ، د . أدم وهيب .

ووفقا للمادة ٤٩٩ إماراتي أنه لو مات المشتري قبل اختياره للتجربة .. انتقل الحق لورثته في الرد إذا لم يكن مدينا لأن الدائنين مقدمون على الورثة في استيفاء حقوقهم ، وللدائنين لو كان مدينا أو ديونه مستغرقة لماله .. ذلك لأن رد الورثة أو الدائنين فيه حماية وتحسين لتركة المدين الذين تعلقت ذممهم بها .

ويقول الأستاذ الدكتور/ محمد عوضين [ورد الحديث في هذا الموضوع عند الفقهاء هو هل تنتقل الحقوق الشخصية إلى الورثة بالموت أو إلى الولي والوصي عند فقد الأهلية فمتى توسع وأدخل في التركة مع الأموال المنافع والحقوق الشخصية كالرد في الخيار وما يشبهه جعل الرد على خيار التجربة ينتقل عند فقد الأهلية لمن يكلف برعاية من فقد أهليته وللورثة عند الموت ... ومن قال بأن الحقوق الشخصية لصيقة لصاحبها ولا يتصور انتقال ذلك من شخص لآخر منع ذلك وأسقط الخيار وأبطل العقد بفقد أهلية المجرب وموته ...] (١) .

ولنا أن نبين موقف الفقه الإسلامي من انتقال الخيار بالموت :

حيث ذهب المالكية والشافعية ووجه للحنابلة إلى أن خيار الشرط ينتقل إلى الوارث بموت الموروث أي المشتري في البيع بشرط التجربة .

واستندوا إلى أن الخيار من محتويات التركة لأنه حق ثابت لإصلاح المال كالرهن وحبس المبيع على تحصيل الثمن .

ولقول الرسول – صلى الله عليه وسلم– [من ترك مالا أو حقا فلورثته] أخرجه البخاري ومسلم .

وخيار الشرط حق للموروث فينتقل إلى الوارث بموته .ثم قاسوا خيار الشرط على خياري العيب والتعيين المتفق على انتقالهما للوارث بالموت ، بجامع أن كلا من تلك الخيارات يتعلق بالعين ، فينتقل إلى الوارث بمجرد انتقالها .

---

(١) الوجيز في المعاملات الشرعية ص ٨٣ .

وذهب الحنفية إلى أن خيار الشرط لا يورث .

واستدلوا بأن حق الفسخ بخيار الشرط لا يصح الاعتياض عنه فلم يورث مثل حق الرجوع في الهبة قبل القبض إذا مات الواهب لم يورث عنه .

وقالوا : بأن الخيار صفة للميت [أي وصف قائم بشخص من يثبت لـــه فلا يورث] لأنه ليس هو إلا مشيئة وإرادة فلا ينتقل عنه كسائر أوصافه ، ولأن الإرث يجري فيما يمكن نقله ، والوصف الشخصي لا يقبل النقل بحال .

وذهب الحنابلة إلى أن المذهب هو أن خيار الشرط بالنسبة للميت منهما يبطل بموته ويبقى خيار الآخر بحاله .

إلا أن يكون الميت قد طالب بالفسخ قبل موته فيه فيكون لورثته .

فالأصل عندهم أن خيار الشرط غير موروث إلا بالمطالبة من المشترط فلو مات صاحب الخيار دون مطالبته بحقه في الخيار ، بطل الخيار ولم يورث، أما إن طالب بذلك قبل موته فإنه يورث عنه (١) .

وأيضا اختلف الفقهاء في حكم انتقال الخيار عند فقد الأهلية للمشتري أو البائع إذا طرأ الجنون أو الإغماء أو الغيبوبة حيث ذهب الحنفية إلى أن الجنون يسقط الخيار . فقد يطرأ الجنون على العاقد صاحب الخيار ومثله العقل وعجز الإنسان عن إظهار موقفه كالإغماء والنوم والسكتة ، فإن بقى ذلك حتى استغرق وقت الخيار من حالة توقيته سقط الخيار .

---

(١) انظر:الموسوعة الفقهية والمراجع المشار إليها بشأن هذه المسألة جـ٢٠ ص ١١٠ ، وانظر : المجموع ٩ / ٢٢٢ ، الدسوقي ٣ / ١٠٢ ، المغني لابن قدامة ٣ / ٤٩٤ ، ٥١٨ ، الفروع للمرداوي ٤ / ١٩ ، فتح القدير ٥ / ١٢٥ .

وقال المالكية : إن جن من له الخيار وعلم أنه لا يفيق أو يفيق بعد طول يضر الصبر إليه بالآخر ، نظر السلطان في الأصلح لـه أي لا يسقط الخيار – من إمضاء أورد • ومثل المجنون في الحكم المفقود على الراجح وقيل : هو كالمغمي عليه •

وفي الإغماء ينتظر المغمي عليه لكي يفيق ويختار لنفسه ، إلا إذا مضى زمن الخيار وطال إغماؤه بعد مضي المدة بما يحصل به الضرر للآخر فيفسخ• ولا ينظر له السلطان • فإن لم يفسخ حتى أفاق بعد أيام الخيار استؤنف له الأجل خلافا للمجنون الذي لا ينظر السلطان أمره حتى أفاق بعد أمد الخيار فإنه لا يستأنف له أجل على الظاهر والمبيع لازم لمن بيده (١) •

وبهذا نجد الفقه الإسلامي قد عالج انتقال الرأي في التجربة لغير المجرب – [المشتري] وذلك في حالة فقد أهليته بجنون أو إغماء أو غيبوبة أو في حالة موته قبل الاختبار في التجربة – قبل القوانين الوضعية التي أخذت بما توصل إليه وخاصة القانون الأردني والإماراتي بخلاف القوانين الأخرى فإنها اكتفت بالقواعد العامة التي تحكم هذه المسألة (٢) •

بل اهتم الفقه الإسلامي بالنيابة في الخيار حيث يثبت للفاقد المشترط الخيار لنفسه مهما كانت صفته العاقد – مالكا للمعقود عليه ، أم وصيا يعقد لمصلحة الموصي عليه ، أم وليا لمصلحة المولي عليه • أم كان يعقد بالوكالة (٣) •

---

(١) الدسوقي ٣ / ١٠٣ ، الخرشي ٩ / ٢٩ •

(٢) انظر : د • السنهوري جـ٤ ص ١٣٣ في الهامش حين يقول : [إذا مات المشتري قبل التجربة ، انتقل حقه إلى ورثته] وأشار إلى الأستاذ / سليمان مرقس فـ ٣٨ والأستاذ محمد كامل مرسي فـ ٨٤ ص ١٥٧ ، د • مرقس جـ ٤ سنة ١٩٨٠ فـ ٣٩ ص ٦٥ •

(٣) انظر : النيابة في الخيار جـ٢٠ ص ٩٣ من الموسوعة الفقهية وأراء الفقهاء فيها•

وهــذا مــا أخــذ به الفقه الوضعي في جواز النيابة عن المشتري عند الــتجربة للشــيء المــبيع حتى يتأكد من مدى ملاءمته أو صلاحيته للاستعمال وخاصة إذا كان المبيع مستعملا قبل ذلك [١] .

البيع بشرط المذاق

****

تعريفه – طبيعته – وهل يعد صورة من صور البيع بشرط التجربة • الفرق بين بيع المذاق وبيع التجربة •

تــنص المادة ٤٢٢ مدني مصري على أنه [إذا بيع بشرط المذاق ، كان للمشــتري أن يقــبل المــبيع إن شاء ، ولكن عليه أن يعلن هذا القبول في المدة الــتي يعنيها الاتفاق أو العرف ، ولا ينعقد البيع إلا من الوقت الذي يتم فيه هذا الإعــلان] [٢] .

تعريفه : هــو عقد يشترط بمقتضاه المشتري على البائع ألا يتم البيع إلا إذا ذاق المشــتري المــبيع وارتضاه ، على أن يعلن القبول في المدة المتفق عليها أو المدة التي يقضي بها العرف ويعتبر منعقدا من هذا الإعلان [٣] .

أو هو البيع الذي يعلق المشتري رضاءه به على ذوق الشيء وملاءمته لــه •

إذا يفهم من هذا بأنه يوجد من المبيعات لا يتم معاينتها وتجربتها إلا عن طريق مذاقها ، وهذا غالبا ما يكون في المأكولات والمشروبات مثل بيوع الأنبذة والزيتون والخل وعصير الفواكه •••

---

(١) د • السنهوري جـ ٤ ص ١٣٣ •

(٢) وبهــذا أخــذت القوانين العربية [٣٩٠ سوري ، ٤١١ ليبي ، ٥٢٥ عراقي ، ٣٥٤ جزائــري ، ٣٨٠ من قانون التجارة الكويتي ، ٣٦٠ سوداني ، ٤٧٧ أردني ، ٣٩٢ لبناني •

(٣) د • آدم وهيب النداوي ص ٣٨ •

كمـــا يفهم من النص السابق أن هذا البيع لا ينعقد إلا من الوقت الذي يتم فيه إعلان المشتري قبول المبيع خلال المدة المحددة بالاتفاق أو العرف ، وهذا لا يعـــني عـــدم وجود رابطة قانونية بين البائع والمشتري خلال هذه المدة ، بل الـــبائع مرتبط بالبيع ولا يجوز لـــه الرجوع فيه ، خلافا للمشتري فإنه لا يكون مرتـــبطا بالشراء ، وهذا يجعلنا أمام تصرف قانوني يطلق عليه وعد بالبيع من جانب واحد وهو البائع ، وهو وعد صحيح توافرت فيه كل أركان البيع النهائي ومدة محددة لإظهار رغبة المشتري في القبول أو الرفض (١) .

وبموجب هذا الوعد يلتزم البائع بتمكين المشتري من تذوق الشيء المبيع ويجـــب عـــلى المشتري أن يتذوق المبيع إذا مكنه البائع من ذلك وإلا كان مخلا بالـــتزامه وجـــاز للمحكمة أن تحكم عليه بالتعويض بناء على طلب البائع ، كما يكـــون للـــبائع بدلا من المطالبة بالتعويض أن يطالب بالتنفيذ العيني فهو الأصل مـــتى كـــان ممكـــنا ، ولـــه في سبيل ذلك أن يطلب من المحكمة أن تحكم على المتخلف بغرامة تهديديه (٢) .

كمـــا يلـــتزم البائع ببيع الشيء المبيع إذا لاءم ذوق المشتري ، وشرط المذاق قد ينص عليه صراحة في العقد أو يقضي به بناءا على العرف والعادات بالنسبة لبعض الأشياء (٣) .

---

(١) د . عـــبد المنعم البدراوي ص ١٧١ ، د . السنهوري جـــ ٤ ص ٧٥ ، د . جميل الشرقاوي ص ٦٠ ، د . محمد على عمران ص ٧٩ .

(٢) د . محمد على عمران ص ٨١ .

(٣) د . البدراوي ص ١٧١ .

طبيعة البيع بشرط المذاق :

إن البيع بشرط المذاق لا يعد عقدا معلقا على شرط واقف أو فاسخ وهذا ما ذهب إليه الفقه المصري والفرنسي [١] وإنما يعد وعدا بالبيع وملزما لجانب واحد ألا وهو البائع - المالك - للموعود له وهو المشتري الذي قبل الوعد ولم يقبل بعد البيع ذاته إلا أنه قد التزم أن يتذوق الشيء وهو بعد ذلك حر في رفضه فإذا ذاق المشتري الشيء المبيع وارتضاه فقد قبل البيع دون أثر رجعي للقبول خلافا للبيع في التجربة لأن العقد ينعقد من وقت قبول المشتري بعد التذوق .

إذاً البيع بالمذاق بناء على هذا الاتجاه ليس بيعا كاملا بل وعدا بالبيع وفقا للمادة ٤٢١ مدني مصري .

فإذا تم البيع بقبول المشتري للبيع فإن ملكية المبيع تنتقل إليه من وقت هذا القبول .

مما يترتب على ذلك عدة أمور [٢] :

١ - إذا قام دائن البائع بتوقيع الحجز على الشيء المبيع قبل قبول المشتري له اعتبر الحجز صحيحا لأنه حجز على شيء مملوك للبائع. ويحتج بذلك على المشتري عند قبوله البيع خلافا لبيع التجربة .

---

(١) د . عبد الرازق السنهوري جـ ٤ فـ ٧٥٠ ص ١٤١ ، د . منصور مصطفى منصور فـ ٥١ ص ٨٩ مذكرات في العقود المسماة ، د . إسماعيل غانم - الوجيز فـ ٧٠ ، د . عبد المنعم البدراوي - المرجع السابق ص ١٧٠ فـ ١١٣ ، د . محمد على عمران ص ٧٩ ، د . سليمان مرقس جـ١ عقد البيع ص ٦٧ ، د . توفيق فرج - المرجع السابق ص ١٧٦ ، د . محمد لبيب شنب ومجدي صبحي خليل - شرح أحكام عقد البيع فـ ١١ ، د. سمير تناغو ص ٩٢ .

(٢) انظر : د . عبد الرازق السنهوري ص ١٤٢ فـ ٧٥ ، د . سمير تناغو ص ٩٤ .

٢ - البائع إذا أفلس قبل قبول المشتري للبيع ، ثم قبله ، فإنه لا يستأثر به وحده دون الدائنين لأنه لا يعتبر مالكا للشيء إلا من وقت القبول خلافا لبيع التجربة .

٣ - الشيء المبيع إذا هلك قبل المذاق فإن تبعة هلاكه تقع على مالكه وهو البائع وأيضا تقع عليه حتى ولو كان المشتري قد تذوق الشيء المبيع طالما أنه لم يبد رغبته في القبول - وكذلك إذا كان الهلاك بسبب أجنبي لايد لأحد فيه (١) .

هل يعد بيع المذاق صورة من صور البيع بشرط التجربة ؟؟

يرى بعض الفقه الوضعي أن بيع المذاق ما هو إلا نوع من البيع بشرط التجربة :

ولذلك يقول الأستاذ الدكتور البدراوي : [وكما ترى فإن المذاق نوع من التجربة . وكان من الواجب إعطاء البيع بالتجربة والبيع بالمذاق نفس الحكم ولكن المشرع المصري جعل لبيع المذاق حكما يغاير حكم البيع بشرط التجربة] (٢) .

ويؤيد ذلك ما يراه الأستاذ الدكتور أنور سلطان (٣) من أنه لا مانع من اعتبار البيع بشرط المذاق عقد بيع معلق على شرط واقف ليكون هناك اتساق في التشريع بين بيع المذاق وبين البيع بشرط التجربة] .

---

(١) د . محمد على عمران ص ٨١ .

(٢) المرجع السابق فـ ١١٣ ص ١٧٠ ، وانظر: د . جميل الشرقاوي - الذي يقول [لا يعد والمذاق أن يكون نوعا من التجربة لأشياء لا تعرف خصائصها إلا به - كالأنبذة والزيوت وبعض المأكولات ، ولذا فمن المتصور أن يكون حكم المبيع بالمذاق كحكم البيع بشرط التجربة ، ولكن الشارع المصري لم يتبع هذا السبيل فجعل لبيع المذاق حكما مختلفا] شرح العقود المدنية ص ٦٠ .

(٣) المرجع السابق ص ٦٦ .

ولكـن يـرد عـلى ذلـك : بـأن هذا لا يستقيم مع ما ذكرته الأعمال التحضيرية في قولها [١] [يختلف بيع المذاق عن البيع بشرط التجربة ، لا في أنه المشـتري حـر فـي القبول أو في الرفض في مدة يحددها الاتفاق أو العرف، فالاثـنان حكمهمـا واحد في ذلك ، ولكن في أن البيع لا يعتبر معلقا على شرط واقـف أو فاسـخ ، بل هو لا يتم إلا من وقت إعلان المشتري للقبول دون أثر رجعي – فبيع المذاق قبل قبول المشتري إنما هو وعد بالبيع من جانب واحد] .

وأيضـا لا يستقيم مع نص المادة ٤٢١ مدني مصري التي تقول : [ولا ينعقد البيع إلا من الوقت الذي يتم فيه هذا الإعلان] .

ويؤكـد ما قلناه بعض التشريعات الأجنبية التي اعتبرت بيع المذاق بيعا معلقا على شرط واقف شأنه في هذا تماما شأن البيع بشرط التجربة [٢] .

ويؤيـد هذا الاتجاه الفقه السوري الذي انتقد إيجاد بيع المذاق إلى جانب بيـع التجربة ورأي بأنه يجب التسوية من ناحية التشريع بين هذين النوعين من البيوع بحيث يكون كل منهما بيعا معلقا على شرط [٣] .

وبهذا أخذ القانون الأردني حيث ينص في المادة ٤٧٧ على أن [تسرى أحكـام الـبيع بشـرط التجربة على البيع بشرط المذاق إلا أن خيار المذاق لا يـورث] .

كمـا أخذ بهذا الاتجاه القانون المدني الكويتي في المادة ٤٥٨ التي تنص عـلى أنه [يجوز اشتراط التجربة أو المذاق في مدة معلومة لقبول البيـع أو رفضـه .....] ويفهم من هذا النص بأن أحكام البيع بشرط التجربة تسرى على أحكام البيع بشرط المذاق – لأنه ما هو إلا نوع من التجربة .

---

(١) الجزء الرابع ص ٢٨ .

(٢) راجع هامش د . السنهوري ص ١٤١ ، د . محمد على عمران ص ٧٩ .

(٣) البيع في القانون المدني السوري – عقد البيع والمقايضة – للأستاذ / مصطفى الرزقا ط ١٩٥٩ فـ ٦٥ ص ٩٣ .

ويؤيد ذلك ما جاء في مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني الكويتي [١] [يعرض المشروع في هذا النص لحالتي البيع بشرط التجربة والبيع بشرط المذاق • ويواجه الفقه الإسلامي هذين البيعين مع خيار الشرط أو خيار التروي [٢] وهو ما سار على هديه التقنين العراقي ، فأورد إلى جانب النصوص المتعلقة ببيع التجربة وبيع المذاق [المادتان ٥٢٤ ، ٥٢٥] نصوصا متعلقة بخيار الشرط [المواد ٥٠٩ - ٥١٣] وذلك على أساس أن خيار الشرط أوسع من كل من بيع التجربة وبيع المذاق ، فلا ضير من هذا الجمع ، ويكون البيعان الأخيران صورتين خاصتين من صور خيار الشرط وهو ما فعله التقنين الأردني أيضا •

ولكن المشروع " الكويتي " اقتصر على إيراد نص واحد يتعلق بالبيعين ولم يفرق بين بيع التجربة وبيع المذاق ، كما فعلت غالبية التقنيات العربية وقانون التجارة الكويتي ، لأن المذاق في الحقيقة صورة من صور التجربة فلا تقوم ثمة ضرورة للتفرقة بينهما •

ويجيز المشروع - الكويتي اشتراط التجربة أو المذاق ، في مدة معلومة لقبول البيع أو رفضه دون تحديد لمداها •

وخلاصة القول في الإجابة عن السؤال الذي طرحناه سابقا :

بأن البيع بشرط المذاق فيه اتجاهان :

١ - اتجاه يرى بأنه وعد بالبيع وليس بيعا كاملا بل الأمر يحتاج إلى قبول المشتري للشيء المبيع بعد تذوقه وإعلان رغبته بقبول المبيع • وهذا ما يراه غالبيه الفقه المصري والفرنسي وبهذا أخذ غالبية التشريعات العربية ومنه التشريع المصري في المادة ٤٢٢ مدني •

---

(١) المجلد الرابع ص ١٣٨٨ •

(٢) انظر المواد ٣٠٠ - ٣٠٩ من مجلة الأحكام العدلية والخاصة بخيار الشرط •

٢ – اتجاه يرى بأن بيع المذاق ما هو إلا نوع من بيع التجربة وصورة من صوره وخاصة في المبيعات التي لا يدرك كنهها إدراكا تاما إلا بمذاقه كالزيت والزيتون والخل والنبيذ وبعض أنواع الفاكهة ، ونحو ذلك من المأكولات والمشروبات والأطعمة التي تختلف فيها أذواق الناس .

والذي نراه ونميل إليه بأن البيع بشرط المذاق ما هو إلا صورة من صور البيع بالتجربة وبالتالي فإن أحكام البيع بالتجربة تسرى على أحكام بيع المذاق إلا أنه لا يورث لأن المذاق مسألة شخصية تتعلق بالمشتري فقط فلا تنتقل لورثته بعد موته

[وبالتأكيد فإن العقد لا ينعقد إلا إذا مضت المدة المحددة بالاتفاق أو العرف ، ومن الضروري للبائع إعلان قبول المشتري للمبيع أو رفضه له – حيث له الحرية في ذلك – أما إذا مضت المدة بدون أن يعلن المشتري القبول أو الرفض رغم تمكنه من تذوق المبيع فأعتقد بالنسبة لي شخصيا أنه قبول لأنه سكوت في معرض الحاجة إلى البيان والسكوت قبول لأنه لا مانع يمنعه من الرفض فيفسر سلوكه على أن ذلك قبول وهذا يستنتج من واقع الحال ، وواقع الحال يغني عن المقال كما يقال] (١) .

ويؤيد الفقه الأردني هذا الاتجاه الذي أخذنا به حيث يرى أنه يسرى أحكام البيع بشرط التجربة على البيع بشرط المذاق (٢) كما أكد على ذلك الفقه السوري والمشرع الكويتي وقانون المعاملات الإماراتي .

متمشيا مع أحكام الفقه الإسلامي الذي يسوى بينهما في التعليق على شرط وهو ما أخذ به مشروع قانون المعاملات المدنية . بل كان ينبغي أن يكون

---

(١) انظر : د . آدم وهيب النداوي – المرجع السابق ص ٣٨ . ونفس المعنى د . محمد نجيب ص ٨٤ .

(٢) المرجع السابق ص ٢٨ .

هــذا البيع باتا ولا يكون اختيار المبيع بتجربته أو مذاقه أو مطابقة عينة فيه إلا وســيلة للعــلم بالمبيع حيث أن أحكام العلم بالمبيع في الفقه الإسلامي هي أكثر شمولا وتناسقا من أحكام تعيين المبيع في القانون الوضعي ، وأن الفقه الإسلامي يجعــل اختيار المبيع بتجربته أو ذوقه أو شمه أو لمسه أو غير ذلك من وسائل العــلم بالبيع ، ويثبت للمشتري خيار الشرط أو خيار الخلف في الصفة أو خيار الرؤية إذا لم يكن قد رأي المبيع ثم رآه (١) .

أوجه الاختلاف بين البيع بالمذاق والبيع بالتجربة :

بــناء عــلى الاتجاه الغالب في الفقه المصري الذي يقول بأن طبيعتهما مختــلفة وأحكامها بالتالي تكون مختلفة مما يترتب على ذلك وجود فروق بينهما في الأحكام أهمها ما يلي (٢) :

١ – القصد من المذاق هو التأكد من مطابقة المبيع لذوق المشتري . أما القصد من التجربة فقد يكون هو التأكد من توافر الشروط الموضوعية في المبيع أو الاستيثاق من صلاحية الشيء في ذاته وبالتالي فلا يجوز في المذاق أن يترك الأمر لتقدير الخبراء .

٢ – التجربة عادة تكون بعد التسليم أما المذاق يتم قبل تسليم الشيء إلى المشتري في العادة .

٣ – بيــع المــذاق مجرد وعد بالبيع وليس ببيع تام ، وبيع التجربة بيع كامل معلق إما على شرط واقف وإما على شرط فاسخ .

٤ – ســكوت المشتري في بيع التجربة يعتبر بمثابة قبول للمبيع . أما سكوت المشتري فإنه لا يكفي لذلك بل لابد من إعلانه لقبول البيع .

---

(١) د . عبد الناصر العطار ص ٥٣ ، ٥٦ .

(٢) انظــر : د . الســنهوري جــ ٤ فــ ٧٦ ص ١٤٢ ، د . توفيق فرج ص ١٧٥ ، د . محمــد عــلى عمــران ص ٨١ ، د . سمير تناغو ص ٩٣ ، د . البدراوي ص ٧٢ ، د . جميل الشرقاوي ص ٦١ ، د . سليمان مرقس ص ٦٩ .

٥ - إذا هـلك الشـيء قبل قبول المشتري للشيء المبيع فإن هلاكه في المذاق يكون دائما على البائع أما في التجربة يكون على البائع إذا كانت التجربة شرطا واقفا وعلى المشتري إذا كانت التجربة شرطا فاسخا .

٦ - إذا أفلس البائع قبل قبول المشتري للشيء المبيع ففي بيع المذاق لا يستأثر المشتري بالمبيع ، ويستأثر به في بيع التجربة .

٧ - إذا قـام دائـن الـبائع بتوقيع الحجز على الشيء المبيع قبل قبول المشتري . ففي بيع التجربة لا ينفذ في حق المشتري .

وفـي المذاق ينفذ الحجز في حقه لأن الملكية لا تنتقل إليه إلا بعد قبوله للشيء المبيع بخلاف التجربة فإنها تنتقل إليه من وقت العقد .

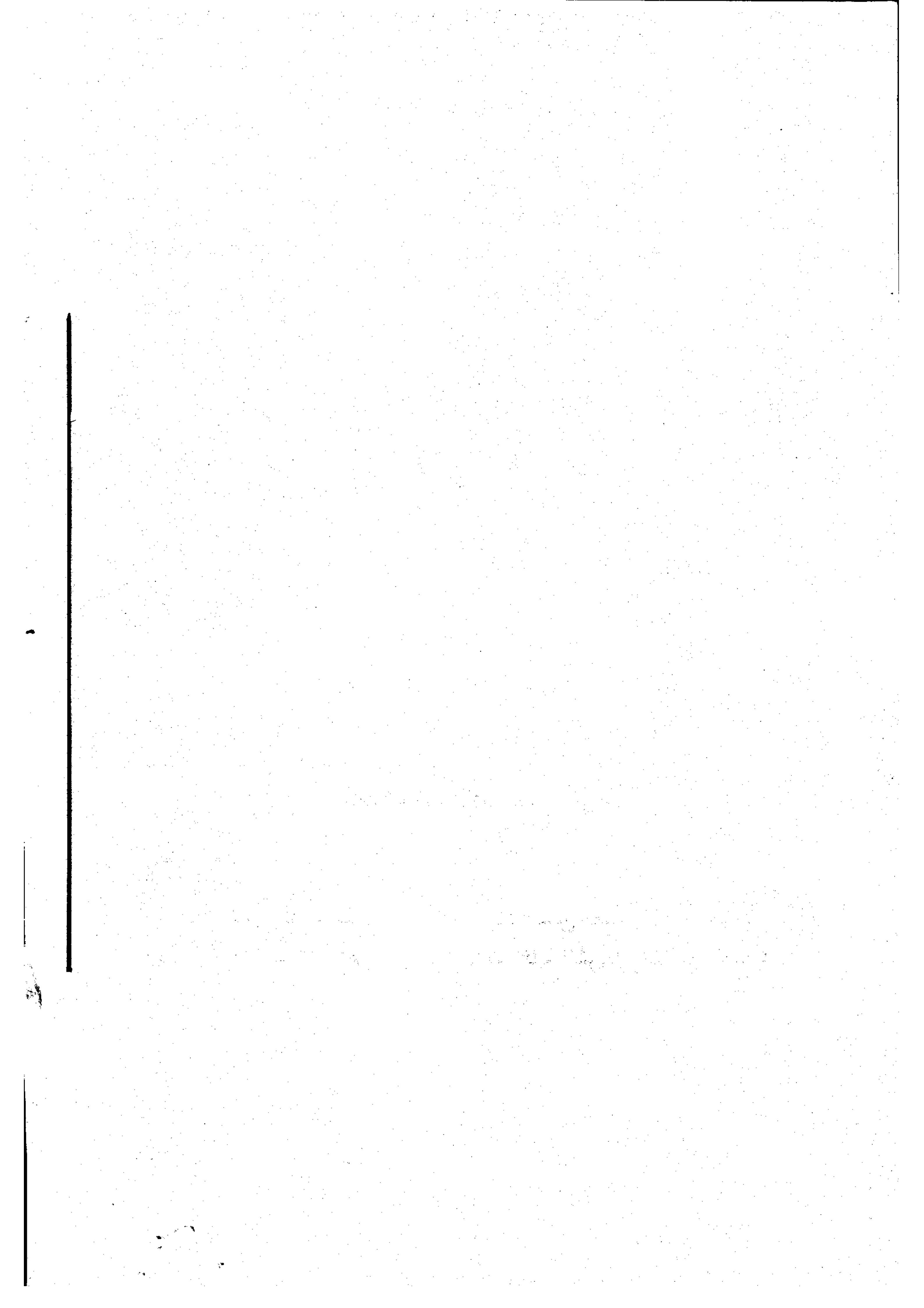
٨ - إن الـبيع بشرط التجربة يكون في الأموال الاستعمالية التي يتكرر استعمالها وهي باقية العين .

بخـلاف المذاق إنما يكون في الأموال الاستهلاكية والسلع التي لابد من المذاق فيها حتى يعلم أوصافها ولكن رغم هذه الفروق فلا زلنا نؤيد بأن الأحكام الشرعية والقانونية تسرى عليهما لأن طبيعة الشرط واحدة مهما اختلف الوصف بهذه المسألة . والله أعلى وأعلم .

هذا وبالله التوفيـق ...

طنطا في :

٢٤ شوال ١٤٢٤هـ	**أ . د / لاشين محمد يونس الغاياتي**
١٨ ديسمبر ٢٠٠٣م	**عميد كلية الشريعة والقانون بطنطا**



رقم الإيداع

٦٣٠٠/يناير ٢٠٠٤م